"GLÄUBIGERSCHUTZ BEI UNTERKAPITALISIERUNG DER GMBH"

INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE DER
JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER EBERHARD-KARLS-UNIVERSITÄT ZU TÜBINGEN

VORGELEGT VON

KI-SU LEE
AUS KOREA

1983

83 252

"GLÄUBIGERSCHUTZ BEI UNTERKAPITALISIERUNG DER GMBH"

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER EBERHARD-KARLS-UNIVERSITÄT ZU TÜBINGEN

VORGELEGT VON

KI-SU LEE

AUS KOREA

1983

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Dr. Klaus J. Hopt
1. Berichterstatter: Professor Dr. Wolfgang Zöllner
2. Berichterstatter: Professor Dr. Dr. Klaus J. Hopt

Tag der mündlichen Prüfung: 23. August 1983

M E I N E N E L T E R N

Vorwort

Gern nehme ich an dieser Stelle die Gelegenheit wahr, meinem sehr verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Zöllner in Tübingen, dafür zu danken, daß er als mein Doktorvater den vergangenen sechsjährigen Studienaufenthalt in Deutschland so sorgsam betreut hat und ich Dank seiner Mühe mein hiesiges Studium abschließen konnte. Ebenso gilt mein besonderer Dank Herr Prof. Dr. Dr. Klaus J. Hopt in Tübingen, der als Zweitberichterstatter meine Arbeit und schon meine Hausarbeit im Grundlagenfach gelesen hat. Besonderen Dank schulde ich nicht zuletzt Herrn Prof. Dr. Peter Ulmer in Heidelberg für die mehrmaligen wissenschaftlichen Gespräche über mein Thema, die meine Gedanken zu dieser Arbeit bereichert haben. In diesem Sinne bedanke ich mich auch bei Herrn Richter am Bundesgerichtshof Hans-Joachim Fleck in Karlsruhe. Zu danken habe ich schließlich mehreren Tübinger Assistenten, die meine Arbeit mit besonderer Sorgfalt korrigiert haben: Herrn Dr. Dr. Michael Martinek und Christian Reinking, aber auch Günter Hurlebaus, Anton Maurer (z. Zt. RA in Stuttgart), Andreas Merz, Klaus Mössle, Peter Mühlbert und Jürgen Reul.

Der Konrad-Adenauer-Stiftung möchte ich an dieser Stelle Dank sagen für die finanzielle Unterstützung in den vergangenen sechs Jahren und bei der Drucklegung der Arbeit, insbesondere den Herren, die mich persönlich betreut haben: Herrn Leiter Dr. Ehrhardt Mayr, Herrn Julius Becker, Herrn Herbert Fuchs, Herrn Dr. Stephan Wegener und Herrn Dr. Rüdiger Zülch. Von Herzen danke ich auch meinen Freunden Jeong-Seok Yang und Kang-Seok Yang, meinem Bruder Dal-Su Lee, die die finanzielle Lücke meines Aufenthaltes in Tübingen zu füllen geholfen haben. Ich fühle mich auch zu Dank verpflichtet gegenüber meiner Mutter, meiner Frau und den Kindern, die während meines Studiums alle wissenschaftliche Leidenschaft und Forscher-Nervosität ertragen mußten.

Die sechsjährige Teilnahme am wissenschaftlichen Leben der traditionsreichen juristischen Fakultät der Universität Tübingen waren für mich als Gast aus der "Republic of Korea" von unschätzbarem Wert für meine persönliche und berufliche Zukunft.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	V
A. Problemstellung	1
B. Gesellschafterdarlehen	13
I. Überblick	13
1. Wesen des Gesellschafterdarlehens	13
2. Arten des Gesellschafterdarlehens	14
II. Gesellschafterdarlehen bis zur GmbH-Novelle	16
1. Rechtsprechung	16
2. Schrifttum	22
III. §§ 32 a und b GmbHG n. F.	26
1. Voraussetzungen kapitalersetzender Darlehen	26
a) Grundtatbestand	26
aa) Darlehensgewährung	27
aaa) Gesellschafterdarlehen zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit	28
bbb) Gesellschafterdarlehen zur Beseitigung der Überschuldung	30
ccc) Deckung eines zur Weiterführung der Gesellschaft notwendigen Kreditbedarfes	33
bb) Eigenkapitalersetzender Charakter	34
b) Darlehensgewährung durch Dritte	39
c) § 32 a III	44
aa) Stundung einer Forderung	45
bb) Erwerb gestundeter Forderungen eines Dritten durch Gesellschafter	48
cc) Forderungen, Sicherungen und Bürgschaften der mit der Gesellschaft oder den Gesellschaftern verbundenen Unternehmen	48
dd) Forderungen und Sicherheiten von nahen Angehörigen des Gesellschafters	50
ee) Beteiligung als stiller Gesellschafter	52

Seite

ff) Abtretung von Forderungen an Dritte 53
gg) Ausscheiden des Gesellschafters 54
hh) Die Nutzungsüberlassung von Anlagegegenständen an die GmbH 55
d) Subjektive Voraussetzungen 56
e) Beweislast 58
2. Rechtsfolgen 59
a) Darlehen eines Gesellschafters 59
b) Darlehen Dritter 62
3. Die Rückforderung von Tilgungsleistungen 64
a) § 32 b 64
b) §§ 30, 31 68
c) §§ 32 a KO, 3 b AnfG 72
d) §§ 30, 31 KO 73
e) § 342 HGB 73
4. Folgerungen für das Innenverhältnis der Gesellschafter 74
a) Zuständigkeit für die Darlehensaufnahme 74
b) Ausfallhaftung 75
5. Art. 12 § 3 GmbH-Novelle 77
C. Unterkapitalisierung 81
I. Grundlagen 81
1. Einleitung 81
2. Begriff der Unterkapitalisierung 86
a) Unterkapitalisierung in Rechtsprechung und Lehre 86
b) Abgrenzung der Unterkapitalisierung von ähnlichen Erscheinungen 89
aa) Die Verlustbilanz 89
bb) Unterbilanz 90
cc) Überschuldung 91
dd) Illiquidität (Zahlungsunfähigkeit) 92
3. Arten der Unterkapitalisierung 93
a) Nominelle und materielle Unterkapitalisierung 94
b) Anfängliche und nachträgliche Unterkapitalisierung 95

Seite

c) Einfache und qualifizierte Unterkapitalisierung 96
4. Gefahren der Unterkapitalisierung 97
a) Unterkapitalisierung als Konkursursache 97
b) Verbreitung der Unterkapitalisierung 100
c) Gefahren der Unterkapitalisierung 104
II. Die Rechtsprechung zur Unterkapitalisierung 106
III. Die Lehre der Unterkapitalisierung 109
1. Einleitung 109
2. Die Lehre von der Erklärungshaftung 111
a) Der Erklärungsansatz nach Erman 111
b) Kritik 113
3. Die Lehre von der Organisationsfehlerhaftung 114
a) Der Erklärungsansatz von Reinhardt 114
b) Der Erklärungsansatz von Erlinghagen 115
c) Der Erklärungsansatz von G. Kuhn, Wüst und K. Müller 116
d) Kritik 118
4. Die subjektive Mißbrauchslehre 120
a) Der Erklärungsanatz von Serick 120
b) Der Erklärungsansatz von Kamm 122
c) Kritik 124
5. Normzwecklehre 126
a) Einleitung 126
b) Der Erklärungsansatz von O. Kuhn 126
c) Der Erklärungsansatz von Rehbinder 128
d) Der Erklärungsansatz von Wiedemann 129
e) Der Erklärungsanastz von Winkler 130
f) Der Erklärungsansatz von Immenga 131
g) Der Erklärungsansatz von Ulmer 132
h) Der Erklärungsansatz von Lutter und Hommelhoff 136
i) Grundsätzliche Kritik der Normalzwecklehren bei Wilhelm 136

Seite

6. Organhaftung 137
a) Der Erklärungsansatz von Wilhelm 137
b) Kritik 142

IV. Gesetzesvorschläge zur Haftung bei Unterkapitalisierung 143
1. Einleitung 143
2. Arbeitskreis GmbH-Reform 144
a) Gesetzesvorschlag von Arbeitskreis-GmbH-Reform 149
b) Kritik 150
3. G. Winter 150
a) Gesetzesvorschlag von G. Winter 151
b) Kritik 151

V. Zusammenfassung 153

Entscheidungsverzeichnis 159

Literaturverzeichnis 160

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
-	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AktG	Aktiengesetz v. 6.9.1965, BGBl I 1089
a. M.	anderer Meinung
AnfG	Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
Begr.	Begründung
betr.	betrifft, betreffend
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesrat-Drucksache
BT-Drucks.	Bundestag-Drucksache
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation

DM	Deutsche Mark
e. V.	eingetragener Verein
f., ff.	folgendes
Fn.	Fußnote
Fs.	Festschrift, Festgabe, Ehrengabe
gem.	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter: Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht (Österreich)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH-Novelle	Gesetz zur Änderung des GmbHG vom 1.7.1980 (BGBl. I. 836)
GmbH-Rdsch.	GmbH-Rundschau mit Sonderfragen der GmbH & Co.
H.	Heft
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrg.	Herausgeber
hrg.	herausgegeben
ibid.	ibidem = ebenda = am angeführten Ort
i.d.F.	in der Fassung
insb.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften i.d.F. v. 14.1.1970, BGBl. I. 127
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen, hrg. v. Lindenmaier u. Möhring

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung, neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
Rdn.	Randnote, Randnummer
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RM	Reichsmark
RT	Reichstag
s.	siehe
StuW	Steuer und Wirtschaft
u.	und
u. a.	unter anderem(n)
Urt.	Urteil
u.s.w.	und so weiter
v.	von, vom
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Privatversicherungsunternehmen
VerglO	Vergleichsordnung
vgl.	vergleiche
WM	Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht, Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZfgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZfhF	Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung i.d.F. v. 12.9.1950, BGBl I 535
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

A. Problemstellung

Die GmbH ist eine juristische Person (§ 13 I[1]).[2] Sie ist daher Träger und Subjekt aller Rechte und Pflichten und nicht die Gesellschafter. Den Gläubigern haftet nur die GmbH mit ihrem Vermögen, wohingegen die Haftung der Gesellschafter grundsätzlich mit Erfüllung ihrer Einlageverpflichtung erlischt. Danach können sie für die Schulden der GmbH nicht mehr verantwortlich gemacht werden[3].

Die GmbH ist eine Kapitalgesellschaft, deren Stammkapital nach § 5 I mindestens DM 50 000 betragen muß. Hiervon muß ein Viertel, zumindest aber DM 25 000, bei der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister eingezahlt sein (§ 7 II)[4]. Da das Stammkapital Haftungsgrundlage der Gesellschaft ist, darf es abgesehen vom Fall des § 58 nicht vermindert werden (§ 30 I). Zur Sicherung der Gläubiger hat der Gesetzgeber das Stammkapital mit besonderen Garantien ausgestattet. So schreibt das Gesetz insbesondere vor, die Höhe des Stammkapitals im Gesellschaftsvertrag festzulegen, diese im Handelsregister einzutragen und zu veröffentlichen. Weiterhin werden die Gesellschafter verpflichtet, die versprochenen Stammeinlagen zu leisten.

---

1) §§ ohne Gesetzesangabe verweisen künftig auf das GmbH-Gesetz.
2) zum Theorienstreit über Wesen und Begriff der juristischen Person, s. insb. Rittner, Die werdende juristische Person, 180ff., insb. 227ff.; Ulmer, ZHR 140, 61ff.; Reuter, in: Münchner Kommentar, vor § 21 BGB, Rdn. 2ff.; John, Die organisierte Rechtsperson, 151ff.; Flume, Die Personengesellschaft, 87ff.
3) Feine, 53ff.; Fränkel, 1ff., insb. 3ff.; Crüger-Crecelius, 34ff. , 136ff.; Vogel, 92ff.; Balser/Meyer/Pichura, 18; Klauss/Mittelbach, 96; Baumbach/Hueck, 54ff.; H. Winter, in: Scholz, § 13, Rdn. 1; Westermann, in: Scholz, Einleitung, Rdn. 9; Wiedemann, in: Haftungsbeschränkung, 18ff.; Zöllner, in: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, 39.
4) s. die GmbHG-Novelle vom 4. 7. 1980, BGBl. I. 836ff.; vor allem s. Hopt/Mehl, 229; Raiser, in: Das neue GmbH-Recht, 21ff.

Im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz verdienen die §§ 5, 7 II, 19-25, 30-33, 58, besondere Erwähnung, in der die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals geregelt ist[1]. Diese Konzeption des Gesetzes ist beispielhaft bei der Beratung des GmbH-Gesetzes von 1892 durch den Gesetzgeber begründet, der beabsichtigte , "auf der Grundlage der beschränkten Haftung eine Gesellschaftsform herzustellen, welche bei ausreichendem Schutze des mit den Gesellschaften verkehrenden Publikums genügende Biegsamkeit besitzt, um für sehr verschiedene Verhältnisse und Zwecke und bei einem sehr verschiedenen Umfange des Mitgliederkreises Verwendung finden zu können". Den "ausreichenden Schutz des mit den Gesellschaften verkehrenden Publikums" sah der Gesetzgeber in der Verwirklichung eines "Hauptpunktes der gesetzlichen Regelung" gewährleistet, nämlich "in der rechtlichen Behandlung des Gesellschaftsvermögens und in der Normierung der die Aufbringung und Erhaltung desselben betreffenden Pflichten der Gesellschaftern"[2]. Die Pflichten des Gesellschafters hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens werden von dem Prinzip beherrscht, daß "in diesen Beziehungen die Rücksicht auf die Sicherheit der Gesellschaftsgläubiger in erster Linie" entscheidend ist[3].

Über die angesprochenen Regelungen hinaus enthält das Gesetz keine Normen, nach denen das Eigenkapital der Gesellschaft in einem angemessenen Verhältnis zum tatsächlichen oder angestrebten Geschäftsumfang stehen soll.

---

1) Feine, § 5, 89ff.; Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung, 89ff., 170ff.; Vogel, § 3, Rdn. 5, 6; Klauss/Mittelbach, 51ff.; Ulmer, in: Hachenburg, § 13, Rdn. 1; H. Winter, in: Scholz, § 5, Hopt/Hehl, Gesellschaftsrecht, 240; Meißner, 35ff.
2) Reichstag, 8 Legislatur Periode, 1 Session 1890/92, Nr. 660. 29f.
3) Reichstag, 8 Legislatur Periode, 1 Session 1890/92, Nr. 660, 31.

Eine derartige Verpflichtung kann auch nicht aus § 5 I hergeleitet werden, da das dort geforderte Stammkapital eine starre Grenze bildet. Diese Regelung ermöglicht den Gesellschaftern, die Art und Weise der Finanzierung ihrer Gesellschaft frei zu bestimmen[1]. Da der Einsatz von Kapital Voraussetzung jeder betrieblichen Tätigkeit ist, läßt sich jedes betriebliche Geschehen auch als Kapitalvorgang darstellen[2]. Das Kapital erfüllt hierbei eine sog. "Garantie-" oder "Voraushaftungsfunktion"[3]. Seine Aufgabe ist es, den Gläubigern der Gesellschaft ein bestimmtes Vermögen als Zugriffsobjekt für Forderungen zu verschaffen, und zwar nicht erst in der Zukunft, sondern schon im Augenblick des Entstehens der Gesellschaft und damit des Kapitals im Rechtssinne[4]. Die Stammeinlagen der Gesellschafter auf dieses Kapital sind zugleich echtes, der Gesellschaft zur freien Verfügung stehendes Betriebskapital[5]. Diese Funktion des Kapitals als einem werbenden

---

1) Ulmer, Fs. Duden, 687; H. Winter, in: Scholz, § 5, Rdn. 2; Rexrodt, 2; Reinhardt, Fs. Lehman, 589ff.; Raiser, in: Recht der Kapitalgesellschaften, 207; ders., in: Das neue GmbH-Recht, 24. Wilhelm, in: Rechtsform und Haftung, 314; Hommelhoff, in: Die Zukunft der GmbH, 18; Hueck,Gesellschaftsrecht, Anm. § 34 II 36, § 36 II 4
2) Gutenberg, in: Finanzen, 2.
3) s. Vormbaum, 34
4) Lutter, in: Kapital, 50; im Bezug auf dem materiellen Kapitalbegriff, s. Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 42; s. auch Benne, 114; Der BGH (WM 1972, 74, 75; BGHZ 68, 312, 319) nennt dieses Vermögen die wirtschaftliche Kapitalgrundlage der Gesellschaft.
5) Lutter, in: Kapital, 51 m. w. n.

Sondervermögen (Betriebskapital) steht in einem Spannungsverhältnis zu der Funktion als einer Garantieeinrichtung für die Gläubiger[1]. Aus dieser Tatsache ist gefolgert worden, daß das Eigenkapital als Risikoträger so hoch bemessen sein sollte, daß es "im Rahmen vernünftiger Überlegungen zu erwartende Verluste mehrerer Perioden aufzufangen gestattet, ohne daß die für die Fortführung der Unternehmung notwendige Mindesthöhe unterschritten wird"[2].

Als das betriebsnotwendige Kapital in eigentlichen Sinne kann der Betrag des Eigenkapitals definiert werden, der für jedes Unternehmen zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist[3]. Gelingt es dem Unternehmen nicht, eine ausreichende Kapitalausstattung, mit der auch Verluste aufgefangen werden können, beizuführen, dann ist ein finanzielles Gleichgewicht nicht gegeben und die Existenz des Unternehmens gefährdet[4].

Durch die Sicherung des § 30 I bildet das Stammkapital als Mindestbetrag des den Gläubigern vorbehaltenen Gesellschaftsvermögens "ein Korrelat der beschränkten Haftung"[5]. Diese Pufferfunktion[6] kann es jedoch nur so lange ausüben, wie es "echtes" Eigenkapital darstellt. In diesem Sinne

---

1) Lutter, in: Kapital, 51 m.w.N.
2) Schwantag, 225; Rexrodt, 12.
3) Gutenberg, in: Finanzen, 3; Albach, ZfgesStW Bd. 118, 654.
4) Rexrodt, 12
5) Wiedemann, in: Haftungsbeschränkung, 7.
6) Maul, BB 1969, 309; Kalter, KTS 1970, 275; G. Winter, 29f.; in Bezug auf die AG hat Würdinger (Aktienrecht, 32) diese Funktion als "Stauschleuse" bezeichnet.

dürfen dem Aktivvermögen in Höhe des Stammkapitals keine Verbindlichkeiten gegenüberstehen[1].

Weiterhin hat der Umfang des Eigenkapitals erheblichen Einfluß auf die Liquidität des Unternehmens. Die Gewährleistung der Zahlungsfähigkeit auf lange Sicht, die "strukturelle Liquidität"[2], ist von der Kapitalstruktur, d.h. dem Verhältnis von Eigenkapital zu Fremdkapital, abhängig. Je größer das Eigenkapital, desto besser die strukturelle Liquidität, da das Eigenkapital keine Zahlungsverpflichtungen mit sich bringt, die die Liquidität verschlechtern[3].

Bei den Problemen, die mit der Kapitalausstattung der GmbH zusammenhängen, geht es letztendlich um die Frage nach der Rechtfertigung und den Grenzen der Haftungsbeschränkung[4], durch die die Risikoverteilung zwischen Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern bewirkt wird. Die Haftungsbeschränkung darf aber nicht zu einem völligen Abwälzen der Gefahr wirtschaftlicher Tätigkeit auf die Gläubiger führen[5]. Vielmehr ist eine angemessene Risikobeteiligung auch der Gesellschaft anzustreben, um so zu einem gerechten "Verlustausgleich" zu kommen. Die Haftungsbeschränkung fordert deshalb einen erheblichen Vermögenseinsatz durch die Gesellschafter[6].

---

1) Lutter, in: Kapital, 53, Anm. 55.

2) Mellerowicz, 24ff.

3) Samm, 25.

4) Arbeitskreis GmbH-Reform, 11; Raiser, in: Das neue GmbH-Recht, 22ff.

5) "Wer den Nutzen hat, muß auch den Schaden tragen" (Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 279, 280ff., insb. im Bezug auf GmbH-Gesellschaftsform, s. 284f.); Limbach, in: Theorie und Wirklichkeit der GmbH, 123.

6) Raiser, in: Das neue GmbH-Recht, 25; vgl. auch Arbeitskreis GmbH-Reform. 11.

Zur Vermeidung einer rein formellen Beteiligung der Gesellschafter am unternehmerischen Risiko muß daher der Gläubigerschutz als Korrelat der Haftungsbeschränkung verstärkt werden. Hierdurch darf aber nicht die Flexibilität der Rechtsform der GmbH und ihre vielseitige Verwendbarkeit, insb. für die mittelständischen Unternehmen, eingeschränkt werden. Aus diesem Grunde bedarf es einer rechtspolitischen Abwägung zwischen den Interessen der Gesellschafter an der Erhaltung der Haftungsbeschränkung und der vielseitigen Verwendbarkeit der GmbH einerseits und den Gegeninteressen der Gläubiger an einem ausreichenden Gläubigerschutz und einer gesunden Kapitalstruktur der Unternehmen andererseits[1]. In diesem Zusammenhang bilden seit längerem die Probleme der Gesellschafterhaftung bei Unterkapitalisierung sowie die Behandlung von Gesellschafterdarlehen im Konkurs den Gegenstand lebhafter Auseinandersetzungen in der Literatur[2], die auch zu Gesetzesvorschlägen führten[3]. Die Rechtsprechung[4] dagegen befaßte sich bisher im wesentlichen nur mit der Problematik der Gesellschafterdarlehen.

---

1) vor allem, Westermann, in: Pro GmbH, 23ff. insb. 25f.; Arbeitskreis GmbH-Reform, 12.
2) vor allem Ulmer, in: Hachenburg, § 30 Anh. 1.; ders., Fs. Duden; Wiedemann, in: Haftungsbeschränkung; ders., in: Gesellschaftsrecht, 565ff.; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 31ff.; Hommelhoff, in: Die Zukunft der GmbH, 15ff.; Wilhelm, Fs. Flume; ders., Rechtsform und Haftung; Hopt/Hehl(in: Gesellschaftsrecht, 240f.) weisen darauf hin, daß in den letzten Jahren ein zunehmender Zusammenhang zwischen Wirtschaftskriminalität, Strafrecht und Gesellschaftsrecht.
3) vor allem Arbeitskreis GmbH-Reform, 21ff.; G. Winter, 122ff.
4) vor allem BGHZ 76, 326ff

Nach der Terminologie von Ulmer[1] ist zwischen der "nominellen" und "materiellen" Unterkapitalisierung zu unterscheiden. Im ersten Fall ist die Unterkapitalisierung durch Gesellschafterdarlehen überbrückt, der zweite Fall ist durch das völlige Fehlen der erforderlichen Mittelzuführung gekennzeichnet.

Bei der nominellen Unterkapitalisierung ist der Kapitalbedarf wenigstens rechnerisch gedeckt, wenn die Zuführung von Mitteln anstatt durch an sich notwendige Einlagen durch Fremdmittel, insbesondere Gesellschafterdarlehen vorgenommen wird[2]. Die Besonderheit liegt in diesem Fall also nicht in dem Fehlen des erforderlichen Kapitals, sondern in der Art, wie es der Gesellschaft zugeführt wird. Als Gesellschafterdarlehen wird das Kapital nur dem "allgemeinen Gläubigerrisiko" ausgesetzt, nicht aber dem "besonderen unternehmerischen Verlustrisiko"[3]. Bei derartigen Sachverhalten ist die Frage, ob die GmbH überhaupt Kreditbedarf hatte, normalerweise unproblematisch. Schwierigkeiten bereitet hingegen die weitere - für die Bejahung des kapitalersetzenden Charakters der Darlehen erforderliche - Feststellung, daß Kapital "durch Fremdkredite zu marktüblichen Bedingungen anstelle der Gesellschafterdarlehen nicht zu erlangen gewesen wäre"[4]. Als Rechtsfolge der nominellen Unterkapitalisierung kommt nicht eine unbeschränkte Ausfallhaftung der Gesellschafter in Frage, sondern nur ein Rangrücktritt der Darlehens-

---

1) Ulmer, Fs. Duden, 699ff; näheres, s. infra, 100f.; Vergleich mit der amerikanischen Terminologie, s. Grossmann, Gesellschafterdarlehen bei Insolvenz, 19ff.; ders. GmbH-Rdsch. 1978, 77ff.
2) Begriff nach Fleck, 30; s. auch Wiedemann, in; Haftungsbeschränkung, 25ff.; Winkler, BB 1969, 1202, 1205; Ulmer, Fs. Duden, 670; Westermann, in: Gläubigerschutz, 14.
3) Lutter / Hommelhoff, ZGR 1979, 33.
4) BGHZ 76, 326, 328f.

forderungen der Gesellschafter hinter die Fremdforderungen im Konkurs der GmbH bzw. bei Rückzahlung vor Zahlungseinstellung die Verpflichtung der Gesellschafter zur Erstattung der empfangenen Zahlungen an die GmbH[1].

Seit der Novelle zum GmbHG vom 4. 7. 1980 sieht das Gesetz in den §§ 32a und b vor, daß kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen beim Konkurs der Gesellschaft wie Haftkapital behandelt werden[2]. Umgehungen dieser Vorschrift durch wirtschaftlich vergleichbare Gestaltungen werden durch eine Generalklausel (§ 32 a III) denselben Rechtsfolgen unterworfen.

Die Neuregelung richtet sich in erster Linie dagegen, daß ein Gesellschafter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt ein Darlehen gewährt (§ 32 a I), das Darlehen eines Dritten sichert (§ 32 a II) oder wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlungen vornimmt (§ 32 a III), in dem ihr die Gesellschafter "als ordentliche Kaufleute" Eigenkapital zugeführt hätten. Dem Gesellschafter wird also zum Vorwurf gemacht, sich nicht als ordentlicher Kaufmann zu verhalten, wenn er anstelle einer an sich gebotenen Eigenkapitalzuführung der Gesellschaft ein Darlehen gewährt oder wirtschaftlich vergleichbare Geschäfte der Fremdfinanzierung ergreift. Hätte ein ordentlicher Kaufmann im Zeitpunkt der Darlehensgewährung der Gesellschaft Eigenkapital zugeführt, so gewinnen solche Darlehen den Charakter "nachrangigen Haftkapitals". Diese Fälle bezeichnet man als das "eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen"[3]. Das neue Recht

---

1) infra, 13ff ; vgl. Ulmer, Fs. Duden, 670.
2) Nach dem neuen GmbH-Recht gibt es auch keine zwei Klassen der "Gesellschafterdarlehen alten Rechts" und der"Gesellschafterdarlehen neuen Rechts" (K. Schmidt, ZGR 1980, 579ff.), näheres, s. infra, 77ff.
3) Möser, DB 1980, 1357ff.; Lutter / Hommelhoff, ZGR 1979, 52ff.; Hommelhoff, in: Die Zukunft der GmbH, 30.

behandelt diese Darlehen dann auch im Verhältnis zu außenstehenden Gläubigern als Einlage, um deren Benachteiligung zu verhindern, wenn es zum Konkurs- oder Vergleichsverfahren über das Vermögen der Gesellschaft kommt[1].

Ergänzend tritt die Regelung § 32 b hinzu, wonach bei Rückzahlung des Darlehens durch die Gesellschaft in dem letzten Jahr vor Konkurseröffnung den hierdurch von seiner Sicherheitsleistung gegenüber dem Dritten freigewordenen Gesellschafter eine Erstattungspflicht gegenüber der Gesellschaft in der Höhe trifft, in der er die Drittforderung gesichert hatte[2].

Im Gegensatze zur nominellen sind es bei der materiellen Unterkapitalisierung hinsichtlich der Tatbestandseingrenzung objektive, konret fassbare Kriterien für die Frage, "wie hoch das für den Geschäftsbetrieb der GmbH ursprünglich bzw. im weiteren Verlauf ihrer Tätigkeit erforderliche Kapital mindestens anzusehen ist"[3], nicht vorhanden. Hierbei ist allenfalls festzustellen, daß Kapital, das tatsächlich eingebracht wurde, für den angestrebten oder erreichten Geschäftsumfang eindeutig unzureichend sei. Weiterhin werfen auch die Rechtsfolgen materieller Unterkapitalisierung schwierigere Probleme auf, da sie die Interessen der Gläubiger ebenso wie diejenigen der Gesellschafter in angemessener Weise berücksichtigen sollen[4].

---

1) BT-Drucks. 8/3908, 15ff., 73f.; BT-Drucks. 8/1347, 9f., 38ff.; BT-Drucks, VI/3088, 15, 110ff.; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 55, 57ff.; Kamprad, 2. Aufl., 30ff.; Kreutz, in: Das GmbH-Recht, 25; Deutler, in: Das neue GmbH-Recht: GmbH-Novelle 1980, 68ff.

2) s. oben Anm. 1)

3) Ulmer, Fs. Duden, 670.

4) vgl. Ulmer, Fs. Duden, 671; Fabricius, GmbH-Rdsch. 1970, 143.

Die GmbH-Novelle regelt nicht die Haftung der Gesellschafter bei materieller Unterkapitalisierung. Die amtliche Begründung führt hierzu aus, daß eine Regelung, wonach die Gesellschafter „auf Grund einer nachträglichen Berechnung über eine angemessene Eigenkapitalausstattung generell haften sollen, mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht vereinbar wäre und letztlich die GmbH als solche in Frage stellen könnte"[1]. Daraus sollte jedoch nicht umgekehrt gefolgert werden, das Schweigen des Gesetzes könne als Ablehnung einer derartigen, ohnehin nur in Extremfällen eingreifenden Haftung verstanden werden[2]. Ebensowenig sollte der in § 32 a der Novelle enthaltene Maßstab des Finanzierungsverhaltens eines ordentlichen Kaufmanns zum Anlaß genommen werden, hieraus eine „allgemeine Organisationspflicht der Gesellschafter"[3] zur angemessenen Kapitalausstattung ihrer GmbH abzuleiten. Bei diesem Themenkreis geht es nicht um ein „Gebot zu angemessener Eigenkapitalausstattung", sondern um das „Verbot völlig unangemessener Haftkapitalausstattung"[4].

Der innere Zusammenhang der Regeln der nominellen mit denen der materiellen Unterkapitalisierung bedeutet nicht, daß es sich bei beiden Problemkreisen um dieselbe Frage, nämlich „die angemessene Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft" handelt[5]. Diese einheitliche Fragestellung

---

1) BT-Drucks. VI/3088, 110; BR-Drucks. 404/77, 38f.; BT-Drucks. 8/1347, 38f; Deutler, in: Das neue GmbH-Recht, GmbH-Novelle 1980, 68.
2) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 72; K. Schmidt, NJW 1980, 1772f.; Deutler, GmbH-Rdsch. 1980, 149.
3) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 72; zur Lehre von der Organisationsfehlerhaftung s. infra. 131ff.
4) Zum Unterschied der beiden Ansätze und zu den drei Aspekten der Bedeutsamkeit der Verbotsformel vor allem Hommelhoff, in: Die Zukunft der GmbH, 20.
5) Lutter / Hommelhoff, ZGR 1979, 65; s. auch die Begründung zur GmbH-Novelle (BT-Drucks. 8/1347, 38f.).

ist im betriebswirtschaftlichen Bereich zutreffend und wird nach den dort geltenden Grundsätzen allgemein als unbeantwortbar angesehen[1]. Eine solche Betrachtung ist mit einer normativ-rechtlichen Bewertung, welche andere Kriterien folgen muß, nicht zu vereinbaren. Auch wenn ein Unternehmen betriebswirtschaftlich ausschließlich oder fast ausschließlich mit Fremdkapital geführt werden kann, so ist dies doch rechtlich in der Rechtsform der GmbH nicht erlaubt[2]. Es läßt sich auch nicht dagegen einwenden, daß bei rechtlichen Lösungsansätzen ganz spezifisch differenziert wird. So knüpft die rechtliche Lösung bei der nominellen Unterkapitalisierung "an das eigene Verhalten der Gesellschafter" an, indem hier bereits im Wege einer ex-ante Prüfung gefragt wird, ob die Zuführung von eigenen Finanzmitteln für die Fortführung des Unternehmens im bisherigen Umfang bzw. den Ausbauf den angestrebten Umfang notwendig ist und dazu dienen soll, eine Gesellschaftskrise zu vermeiden, weil außenstehende Dritte den Finanzbedarf nicht zur Verfügung stellen werden. Ganz anders ist der Ansatzpunkt hingegen bei der rechtlichen Lösung des Problems der materiellen Unterkapitalisierung. Hierbei handelt es sich "um die normative Frage, ob das zur Verfügung gestellte Eigenkapital nach dem Umfang der Geschäftstätigkeit und ihrer allgemeinen Risiken noch einen angemessenen Beitrag für das Privileg der Haftungsbegrenzung darstellt (§ 13 II) und ob es darüber hinaus in noch ausreichendem Maß der Funktion des Eigenkapitals als "Krisenpuffer" gerecht wird (§ 5 I)"[3].

---

1) vgl. Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 65; Büschgen. GmbH-Rdsch. 1974, 25, 51ff.; Grossmann, GmbH-Rdsch. 1978, 78f.

2) vgl. Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 59, 65.

3) Lutter/Hommelhoff haben darauf hingewiesen, daß es sich hierbei um eine ex-ante-Feststellung und nicht etwa um die ex-post-Feststellung handelt (ZGR 1979, 66); vgl. Kreuzer, DB 1978, 825, 827; a. A.: s. Erlinghagen, Fs. Kaußmann, 144.

Trotz der dargelegten Unterschiede besteht zwischen den beiden, den Gegenstand der nachfolgenden Erörterungen bildenden Problembereichen der nominellen und materiellen Unterkapitalisierung ein innerer Zusammenhang, der ihre gemeinsame Behandlung rechtfertigt. Selbst wenn auch die Pflichtenlage im Einzelnen verschieden sein mag, so wäre doch letztlich ohne die latente Verpflichtung zur angemessenen Eigenkapitalausstattung nicht verständlich, daß sich an die Gewährung von Gesellschafterdarlehen deren eigenkapitalähnliche Behandlung knüpfen darf. Letzlich geht es also um die Frage, ob man die materielle Unterkapitalisierung rechtlich als einen Teil "eines in sich geschlossenen Regelsystems der Kapitalausstattung"[1] verstehen muß, das in den Regeln über die sog. eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen seinen Ausdruck gefunden hat. Hier wäre ein Vorrang der Regeln über die nominelle Unterkapitalisierung anzunehmen, und der Haftungstatbestand der materiellen Unterkapitalisierung als "subsidiärer Auffangtatbestnad"[2] zu verstehen[3].

Im folgenden soll mit dem gesetzlich ausgeformten Problemkreis der Gesellschafterdarlehen begonnen werden.

---

1) Lutter / Hommelhoff, ZGR 1979, 33.
2) Lutter / Hommelhoff, ZGR 1979, 64.
3) Raiser betont, die rechtliche Konsequenz aus der Sicht im Zusammenhang mit der § 32 a sei von vornherein nicht anders zu verstehen, wenn die Gesellschafter nicht einmal dem Unternehmen das erforderliche Kapital nicht zur Verfügung gestellt haben (in: Recht der Kapitalgesellschaften, 208).

B. Gesellschafterdarlehen

I. Überblick

1. Wesen des Gesellschafterdarlehens

Die Finanzierung einer GmbH kann auf vielfache Weise erfolgen, z. B. durch kurz-, mittel- und langfristige Kredite[1], durch Eigen- oder Fremdkapital[2]. Der Finanzbedarf einer GmbH bei fehlender Kreditfähigkeit wird üblicherweise durch Gesellschafterdarlehen gedeckt. Diese werden von den für das Stammkapital geltenden Kapitalbindungsvorschriften des GmbHG grundsätzlich nicht erfaßt, was sowohl ihre Beliebtheit und Verbreitung als Instrument der Innenfinanzierung als auch die Risiken für die Gläubiger erklärt[3].

Die Gewährung von Gesellschafterdarlehen kann durch vielfache Gründe motiviert sein. Mit dem Darlehen kann zum einen ein vorübergehender, plötzlich aufgetretener Geldbedarf der GmbH gedeckt werden. Weiterhin kann die Darlehensgewährung durch das Interesse der Gesellschafter an befristeten Anlagemöglichkeiten im Unternehmen sowie durch das Scheitern einer an sich gebotenen Kapitalerhöhung am Widerspruch der Minderheit ausgelöst sein, oder die Einräumung günstiger Kreditkonditionen für die GmbH oder Steuervorteile bezwecken.[4] In vielen Fällen wird allerdings ein Gesellschafterdarlehen bei unterkapitalisierten GmbHs gewährt, die mangels Kreditfähigkeit auf Eigenmittel angewiesen sind. Weitere Beispielsfälle bilden die überschuldete und zahlungsunfähige GmbH, bei denen der Konkurs durch Mittelzuführung hinausgeschoben oder

---

1) Man spricht etwa von kurzfristiger Finanzierung bei einer Laufzeit bis zu 6 oder 12 Monaten; Laufzeiten von mindestens 6 Monaten bis 4 Jahren können als mittelfristig gelten; was darüber hinaus geht, ist langfristige Finanzierung (Vormbaum, 32f.).
2) Vormbaum, 30ff.
3) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 68.
4) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 69; Kamm, 96f.; Wiedemann, in: Haftungsbeschränkung, 26; Wüst, 15.

abgewendet werden soll. Bei einer derartigen Vielzahl von möglichen Fallgestaltungen ist ein Lösungsansatz nicht interessengerecht, der das Gesellschaftsdarlehen rechtlich einheitlich als Eigenkapitalersatz behandeln will. Selbst ein Ansatz, der lediglich eine Vermutung für den kapitalersetzenden Charakter von Gesellschaftsdarlehen postuliert, vernachlässigt die unterschiedlichen Motivlagen[1].

2. Arten des Gesellschaftsdarlehens[2]

Im Detail können die Gesellschaftsdarlehen ganz unterschiedlich ausgestaltet sein. Ihre Laufzeit kann variieren, sie können befristet oder unbefristet, gesichert oder ungesichert gewährt werden. Gewöhnlich wird der Darlehensbetrag verzinst, wenn auch dies keine notwendige Voraussetzung des Gesellschaftsdarlehens darstellt. Eine Annäherung zu einem Nachschuß an Stammkapital ist anzunehmen, wenn die Rückzahlung der Darlehen mit einem Rangrücktritt zugunsten anderer Gläubiger modifiziert ist.

Aber auch andere Erscheinungsformen können den Charakter eines Gesellschaftsdarlehens annehmen. So ist z.B. die Stundung von Forderungen, die dem Gesellschafter gegen die GmbH zustehen, als Gesellschafterdarlehen anzusehen.

---

1) vgl. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 69; im Zusammenhang mit den kapitalersetzenden Bankenkredite und Sanierung durch Banken s. insb., K. Schmidt, ZHR 147, 165ff.; Claussen, ZHR 147, 195ff.

2) für das Darlehen allgemein vgl. Larenz, Schuldrecht, Bd. II, § 51; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 70. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, 568ff; zur mittelbaren Gesellschafterdarlehen, früher schon Nölting, 101ff.

Verbürgt sich ein Gesellschafter für ein Darlehen, das ein Dritter der GmbH gewährt, oder besichert er dieses, so ähnelt dies dem Charakter eines Gesellschafterdarlehens. Vergleichbare Tatbestände sind auch erfüllt, wenn das Darlehen von Ehegatten oder nahen Verwandten aus Mitteln des Gesellschafters gewährt wird, wenn die Finanzierung der GmbH von einem Hintermann vorgenommen wird, sowie wenn Gesellschafter der GmbH andere Vermögensgegenstände zur vorübergehenden oder dauernden Nutzung zur Verfügung stellen.

In den oben genannten Beispielen ist bei jedem Einzelfall zu überlegen, ob die Rechtsgrundsätze des Gesellschafterdarlehens auch auf diese Tatbestände übertragen werden können.

II. Gesellschafterdarlehen bis zur GmbH-Novelle

1. Rechtsprechung[1]

Das Reichsgericht stützte die Unwirksamkeit einer Darlehensgewährung eines Alleingesellschafters an die GmbH zuerst auf § 181 BGB,[2] später auch auf § 826 BGB.[3] Der Tatbestand des § 826 BGB wurde von dem Gericht bejaht, als die GmbH schon kurz nach ihrer Gründung mit Darlehen gestützt werden mußte, die das Stammkapital um das Doppelte überstiegen. Das Gericht sah es in diesem Fall als erwiesen an, daß der Alleingesellschafter den Plan verfolgt habe, die Fremdgläubiger der Gesellschaft im Falle des Konkurses zu schädigen und seinen eigenen Verlust möglichst niedrig zu halten.[4] Aus dem gleichen Grunde wurde in einem späteren Fall der Aufrechnung eines Gesellschafters mit einer Darlehensforderung gegen eine Einlageschuld die Wirksamkeit versagt.[5] Bestätigt wurde diese Rechtsprechung durch ein obiter dictum,[6] wonach die Finanzierung einer GmbH durch ein Darlehen, das das Stammkapital um das Sechseinhalbfache überstieg, einen Mißbrauch der Rechtsform darstelle.

Im Gegensatz zu dieser auf § 826 BGB gestützten Linie des Reichsgerichts modifizierte der Bundesgerichtshof in seiner ersten grundlegenden Entscheidung die Rechtsprechung hinsichtlich des Gesellschafterdarlehens. So stellte er insbesondere fest, daß von einer Gläubigerschädigung solange

---

1) Dazu näher Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 75; ders., in: Das neue GmbH-Recht, 55ff.; Kamprad, 2.Aufl. 19ff; Kamm, 69ff.; G. Kühn, 129ff.; Tittel, 22ff.; Fessler, 122ff.; Kleinerz, 14ff.
2) RGZ 68, 172,175ff.
3) RG JW 1938, 862, 864f.
4) ibid. 865.
5) RG JW 1939, 355.
6) RGZ 166, 15, 57.

nicht gesprochen werden könne, solange die Gesellschafter der GmbH weitere Mittel zur Verfügung stellten, selbst wenn dies im Darlehenswege geschehe.[1] Ist das Stammkapital einer GmbH von DM 20 000 schon zwei Monate nach ihrer Gründung ausgegeben und kann sich die GmbH nur aufrechterhalten, weil sie in den beiden folgenden Jahren bis zum Konkurs mit Gesellschafterdarlehen von rund DM 56 000 gestützt wurde, so ist es für den BGH gerechtfertigt, daß der Gesellschafter die Darlehen solange wie haftendes Kapital behandeln und Rückzahlungen der GmbH nach § 31 I erstatten muß, wie der Zweck der Konkursabwendung nicht erreicht ist.[2]

In späteren Entscheidungen[3] wurde dieser Ansatz ausgebaut und verfeinert. Der Darlehensgewährung wurde die Darlehensbelassung in der Krise gleichgestellt[4]. Zur Bewältigung der Problematik der Gesellschafterbürgschaften für Drittkredite und ihrer vorzeitigen Rückzahlung finden sich erste Ansätze[5]. Schließlich - und vor allem - wurde die Rechtsprechung auch auf Gesellschafterdarlehen oder im Falle einer GmbH & Co KG auf ehemalige Kommanditeinlagen, die in Darlehen umgewandelt waren, angewandt[6].

---

1) BGHZ 31, 258, 271f= GmbH-Rdsch. 1960, 43; zustimmend s. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 75.
2) Mit dieser Begründung hat der BGH den Gesellschafter entsprechend §§ 30,31 zur Rückgewähr der Darlehensmittel an die Konkursmasse verurteilt (BGHZ 31 258,272; so auch die Zweite Revisionsentscheidung im gleichen Fall BGH WM 1963, 121 sowie BGH NJW 1977 104, 105); zu diesen Fallkonstellationen s. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 28ff.; ders., Fs. Duden, 668f.; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979,36ff (Dies stehe hinter dem Gesichtspunkt des Schutzes des Rechtsverkehrs vor der Fortführung einer an sich nicht mehr lebensfähigen Gesellschaft mit Mitteln, die Prosperität oder Überlebenschancen nur mehr vortäuschen).
3) BGH BB 1972, 111f., BGH NJW 1977, 104f. = GmbH-Rdsch.1977, 105; NJW 1980,592 u. 1524 = GmbH-Rdsch.1980, 28 u. 178.
4) BGHZ 75, 334; BGHZ 76, 326ff.; vgl.auch OLG Celle DB 1977, 1839; aber Geßler, BB 1980, 1385, 1391.
5) BGHZ 67, 171; LG Oldenburg ZIP 1980, 47; OLG Hamburg ZIP 1980, 911.
6) BGHZ 67, 171; BGHZ 69, 274; BGH WM 1979, 937; BGHZ 76,326.

Der BGH[1] übernimmt einerseits für die Feststellung des kapitalersetzenden Charakters von Gesellschafterdarlehen das von der neueren Literatur entwickelte Kriterium[2], "ob die Gesellschaft in der fraglichen Zeit auch von Dritten zu marktüblichen Bedingungen einen Kredit erhalten hätte". Dieses Kriterium geht über den Maßstab hinaus, bei dem wesentlich auf die Krisensituation bei Darlehensgewährung oder -belassung abgestellt wurde. Auf der anderen Seite stellt der BGH klar, daß die Zuführung von finanziellen Mitteln als Gesellschafterdarlehen nicht etwa zu einer Veränderung des Stammkapitals als solchem führt. Daher können solche Darlehensrückzahlungen, die das zur Erhaltung des nominellen Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht angreifen, auch dann nicht nach den §§ 30, 31 zurückgefordert werden, wenn das nominelle Stammkapital für die Aufgaben der Gesellschaft unzureichend - aber noch in voller Höhe vorhanden - ist. Die von solchen Erwägungen ausgehenden Urteile ergingen in einem Zeitpunkt, als dem Senat die inzwischen Gesetz gewordenen Vorschläge des Unterausschusses zu den §§ 32 a und b der Novelle schon bekannt waren. Die spricht dafür, es auch für die Auslegung der neuen Vorschriften heranzuziehen.

Ein Gesellschafterdarlehen, das zunächst keine kapitalersetzende Funktion hat, sondern aus anderen Zwecken, z.B. als Geldanlage oder kurzfristige Überbrückungshilfe, gewährt wurde, kann im Laufe der Zeit infolge Verschlechterung der Geschäftslage einen kapitalersetzenden Charakter annehmen. Wird in einem solchen Fall das Gesellschafterdarlehen nicht

---

1) BGHZ 76, 326; vgl. Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 57.
2) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 72, 86; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 31, 33f.; Deutler, GmbH-Rdsch. 1980, 149.

rechtzeitig vor Eintritt der Kreditunfähigkeit der Gesellschaft an die Gesellschafter zurückgezahlt, obwohl dies hätte geschehen können[1], und unterbleibt deshalb die sonst notwendige Liquidation der Gesellschaft, so kann die Darlehensleistung nunmehr den §§ 30, 31 unterliegen[2].

Die Frage, ob dazu die objektive Kapitalersatzfunktion ausreicht oder deren Kenntnis beim Gesellschafter hinzukommen muß[3], beantwortet der Senat durch die Feststellung, daß jedenfalls die Möglichkeit der Kenntnisnahme ausreicht, die bei einem Gesellschafter im allgemeinen vorauszusetzen ist[4].

Die damit angeschnittene Behandlung sog. "stehen gelassener" Darlehen oder sonstiger Guthaben ist durch die Materialien[5] zur GmbH-Novelle und deren Übergangsbestimmung (Art. 12 § 3) etwas zweifelhaft geworden[6]. Die Abgrenzung einer Stundungsabrede, die der RegE in § 32 a II ausdrücklich der Darlehensgewährung gleichsetzte, und die auch nach der stark gekürzten Gesetzesfassung einer solchen gleichstehen dürfte, von einer konkludenten Erklärung, das Darlehen "stehen zu lassen", ist im Einzelfall schwierig. Immerhin könnte man daran denken, die Behandlung derartiger Darlehen als haftendes Kapital mindestens von einer schlüssigen rechtsgeschäftlichen Einigung abhängig zu machen, nach der die Darlehensvaluta oder ein sonstiges Guthaben bis auf weiteres der Gesellschaft wie Kapital zur Verfügung stehen soll[7].

---

1) z. B. durch ordentliche oder außerordentliche Kündigung.
2) BGHZ 75, 334.
3) für rein objektive Betrachtung, Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 86; ders., in: Das neue GmbH-Recht, 64.
4) Fleck, LM § 30, Anm. 4.
5) BT-Drucks. 8/3980; BR-Drucks. 404/77.
6) vgl. K. Schmidt, ZGR 1980, 567, 573; ders. ZIP 1981, 689, 692 m.w.N.
7) ibid.; auch Fleck, LM § 30, Anm. 4.

Im Zusammenhang mit der Übertragbarkeit des § 32 a auf die AG hat das LG Düsseldorf[1] die §§ 62,57 AktG geprüft. §§ 57, 58 V AktG binden jedoch das in der AG effektiv eingesetzte Kapital bedeutend stärker gegen den Zugriff der Gesellschafter als § 30. Demgegenüber bewirkt bei der GmbH auch die Qualifizierung eines Darlehens als eigenkapitalersetzend nach der Rechtsprechung[2] keine absolute Bindung der Mittel im Gesellschaftsvermögen, sondern läßt eine Rückforderung zu, soweit durch sie nicht das Eigenkapital angegriffen wird.

Ist beim Ausscheiden des Gesellschafters noch eine Unterbilanz vorhanden, so dauert bis zu ihrer Beseitigung das Auszahlungshindernis fort; danach besteht nur noch eine gewöhnliche Fremdgläubigerforderung[3]. Dieses Erfordernis der Gesellschaftereigenschaft bei Begründung der Auszahlungspflicht wurde bereits in einer älteren Entscheidung des BGH[4] auf einen faktisch gleichliegenden, ebenfalls vom Zweck des § 30 erfaßten Sachverhalt ausgedehnt. Das Urteil v. 13.7.1981[5] vertieft den Grundgedanken dieser Entscheidung dogmatisch, indem der BGH es jetzt als ausreichend ansieht, daß der Tatbestand, aus dem sich später ein Auszahlungsanspruch gegen die Gesellschaft ergeben könnte (es handelte sich hier um den Rückgriffsanspruch eines ehemaligen Gesellschafters wegen Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft), noch im Zusammenhang mit einer Gesellschafterstellung begründet worden ist[6].

---

1) Urteil vom 27.5.1981 = ZIP 1981, 601, insb. 603.
2) BGHZ 76, 326; Westermann, ZIP 1982, 387; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 57, 66; K. Schmidt, ZGR 1980, 575f.
3) BGHZ 69, 274.
4) BGHZ 13, 49, 55.
5) BGHZ 81, 252
6) Fleck , LM § 30, Anm. 5.

Was vorstehend über Darlehen gesagt wurde, gilt auch für andere Gesellschafterleistungen mit kapitalersetzendem Charakter[1]. In Betracht kommen z.B. die Stundung von Gehaltsforderungen[2], Gewinnansprüche[3] oder Warenforderungen[4]. Auch hier ist Voraussetzung, daß sich ein Drittgläubiger in gleicher Lage und zu gleichen Bedingungen nicht zu einer Stundung bereit gefunden hätte. Ebenso zu behandeln sind die sonstigen Guthaben, die ein Gesellschafter über den Zeitpunkt der Kreditunfähigkeit hinaus stundet oder stehen läßt. Sie sind anstatt durch eine ihm mögliche Rückforderung durch die notwendige Liquidation herbeizuführen[5].

Die Bürgschaft oder sonstige Sicherheiten eines Gesellschafters (z.B. Grundpfandrechte) für Gesellschaftsverbindlichkeiten können ebenfalls eine kapitalersetzende Leistung sein, wenn die Gesellschaft Kredit zu marktüblichen Bedingungen sonst nicht hätte erhalten können. Der Übernahme der Sicherung entspricht deren Aufrechterhaltung in einer aus eigener Kraft nicht mehr zu bewältigenden Krise der Gesellschaft, wenn der Gesellschafter es versäumt hat, rechtzeitig die Abwicklung zu betreiben oder sie mittelbar durch das Verlangen nach Befreiung von seiner Verpflichtung[6] zu erzwingen[7]. Leistet der Gesellschafter aufgrund einer solchen Sicherheit an den Gläubiger, so kann er von der Gesellschaft keinen Ersatz verlangen, wenn und solange das Stammkapital der GmbH nicht wieder durch Eigenmittel gedeckt ist. Hat die Gesellschaft selbst in einer solchen Lage den Gläubiger

---

1) vgl. auch § 32 a III.
2) BGHZ 76, 326.
3) BGHZ 75, 334.
4) BGHZ 81, 252.
5) BGHZ 75, 334; s. auch Fleck, 2. Aufl., 37.
6) etwa gem. § 775 I 1 BGB.
7) vgl. BGHZ 81, 252; ähnlich schon BGHZ 67, 171, 182.

befriedigt, so muß ihr der hierdurch frei gewordene Gesellschafter unter denselben Voraussetzungen das Geleistete nach § 31[1] erstatten. Denn in beiden Fällen wird der Gesellschaft entgegen dem Zweck des Gesetzes das notwendige Kapital vorzeitig wieder entzogen, das ihr der Sicherheit leistende Gesellschafter unter persönlichem Vermögenseinsatz verschafft hatte[2].

Zusammenfassend gelten folgende richterrechtliche Rechtssätze schon von dem Inkrafttreten der GmbH-Novelle 1980. Nämlich: "Gewährt ein Gesellschafter der GmbH nach Eintritt ihrer Konkursreife anstelle einer in dieser Lage benötigten weiteren Kapitalzuführung Darlehen, dann haben diese Beträge Eigenkapitalcharakter". Diese Darlehen dürfen erst dann an den Gesellschafter zurückbezahlt werden, wenn die Gesellschaft unabhängig von den Darlehensbeträgen zahlungsfähig bleibt und ein Aktivvermögen in Höhe des satzungsmäßigen Stammkapitals vorhanden ist[3]. "Darlehen, die vor dem Eintritt der Kreditfähigkeit der Gesellschaft an den Gesellschafter zurückgezahlt worden sind, kann der Konkursverwalter nach § 31 I vom Gesellschafter zur Konkursmasse zurückverlangen"[4].

2. Schrifttum

Im neueren Schrifttum hat die BGH-Rechtsprechung zum Problem der Gesellschafterdarlehen zum Zwecke der Konkursabwendung weithin Zustimmung gefunden[5].

---

1) vgl. jetzt § 32 b; s. auch, infra, 67.
2) Fleck, LM § 30, Anm. 6.
3) BGHZ 31, 258, 272; BGHZ. 67, 171, 174.
4) BGHZ 31, 258, 273; BGHZ 60, 324, 331f.; BGHZ 67, 171, 174.
5) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 77; Wüst, 15ff.; Lutter, in: Probleme der GmbH-Reform, 74f.; Neflin, GmbH-Rdsch. 1963, 45f; Kamprad, GmbH-Rdsch. 1975, 54, 56.

Entgegengesetzte Meinungen, wonach Gesellschafterdarlehen grundsätzlich anerkannt werden sollten, ohne die jeweilige finanzielle Lage der GmbH zu berücksichtigen, sind in der Minderzahl[1]. Vielmehr werden entsprechend der überwiegenden Meinung die Gesellschafterdarlehen selbst dann mit einem Rangrücktritt versehen, wenn bei ihnen der Konkursabwendungszweck des Darlehens nicht feststellbar ist[2]. Voraussetzung für einen derartigen Rangrücktritt sind die gleichen, die auch sonst im Falle einer bestehenden materiellen Unterkapitalisierung zur Begründung von Haftungsfolgen angeführt werden[3]. Mitentscheidendes Kriterium für die Anhänger der subjektiven Mißbrauchslehre ist die Frage, ob der Gesellschafter in Kenntnis der Unterkapitalisierung die Finanzierung bewußt in der Form des Darlehens durchgeführt habe, um im Falle des Konkurses als Darlehensgläubiger eine bessere Stellung und das Risiko der Drittgläubiger erhöhte zu haben[4]. Zum gleichen Ergebnis kommt Erlinghagen[5] auch nach der Lehre von der Organisationsfehlerhaftung, denn die Finanzierung einer offensichtlich unterkapitalisierten GmbH durch Gesellschaftsdalrehen stellt hiernach einen Unterfall eines Organisationsmangels dar, der als Rechtsfolge im Konkurs zur persönlichen Haftung der Gesellschafter, d.h. zum Rangrücktritt des Darlehens, führt[6]. Auch die von Erman vertretene Lehre der Erklärungshaftung kommt nicht zu unterschidlichen Ergebnissen.

---

1) Schönle, GmbH Rdsch. 1960, 63, 64; Hofmann, NJW 1966, 1943ff.; Kamm, 126ff.; Wolany, 66ff.

2) Ulmer, Fs. Duden, 671; aber Kamprad, GmbH-Rdsch. 1975, 54, 56.

3) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 36ff.

4) vgl. etwa Serick, Rechtsform, 205, 207; Drobning, 94f.; Kamprad, 1. Aufl. 67f.; Nölting, 64ff.

5) Erlinghagen, GmbH-Rdsch. 1962, 174, 176.

6) so auch Wüst, 17f.

7) Erman, KTS 1959, 131.

Im Gegensatz hierzu versucht die Normzwecklehre, die materielle und nominelle Unterkapitalisierung einheitlich zu beurteilen[1]. Insbesondere Winkler[2] und Immenga[3] wollen schon bei der einfachen nominellen Unterkapitalisierung einen Rangrücktritt der Gesellschafterdarlehen annehmen.

Der Eigenkapitalcharakter ist immer dann zu bejahen, wenn die Gesellschafterdarlehen dazu dienen, der GmbH Kapital zuzuführen, das diese wegen fehlender Kreditfähigkeit nicht von anderer Seite erhalten hätte[4].

Fremdkapitalcharakter ist immer dann zu bejahen, wenn das Darlehen zu einem Zeitpunkt gewährt wurde, in dem die GmbH diese Mittel auch von außenstehenden Dritten erhalten hätte[5]. Den Charakter von Eigenkapital nimmt es jedoch dann an, wenn das gewährte Darlehen nach Eintritt der Unterkapitalisierung verlängert oder der Rückzahlungsanspruch trotz Fälligkeit nicht geltend gemacht wird[6].

Wird die Unterkapitalisierung der GmbH während der Laufzeit des Darlehens beseitigt, so kann das Darlehen nicht mehr als Eigenkapitalersatz angesehen werden. Dies hat zur Folge, daß es bei Fälligkeit uneingeschränkt zurückgefordert werden kann, wobei zusätzliche subjektive Merkmale keine Rolle spielen[7].

---

1) Ulmer ist der Meinung, die Normzwecklehre sei aus der Sicht der Differenzhaltung folgerichtig, (in: Hachenburg, Rdn. 77); O. Kuhn, 125; Rehbinder, 123; Winkler, BB 1969, 1204; 1206f; Immenga, 412ff., 417; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 33.
2) Winkler, BB 1969, 1204, 1206.
3) Immenga, 412ff., 417.
4) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 86, 24, 72
5) BGH WM 1963, 121; Geßler, GmbH-Rdsch. 1966, 108; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 34.
6) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 86; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 34.
7) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 86.

Der Rangrücktritt ist nicht nur auf Forderungen anzuwenden, die echte Darlehen im engeren Sinne darstellen, sondern auch auf sonstige schuldrechtliche Forderungen eines Gesellschafters[1] gegen die unterkapitalisierte GmbH.[2] Von dem Rangrücktritt ist auch ein Zessionar betroffen, der die Ansprüche aus einem Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen erworben hat.[3]

Im einzelnen hat der Rangrücktritt zur Folge, daß der Gesellschafter die Darlehensforderung weder zur Konkurstabelle anmelden noch mit ihr im Konkurs gegen eine Forderung der GmbH aufrechnen kann.[4] Der Rangrücktritt des Darlehens kann auch außerhalb des Konkurses geltend gemacht werden, solange sich die GmbH im Zustand der Unterkapitalisierung befindet und damit das Darlehen als Eigenkapitalersatz einzuqualifizieren ist.[5]

Es kann für die Beurteilung des eigenkapitalersetzenden Charakters eines Darlehens[6] keinen Unterschied machen, ob der Gesellschafter das Darlehen selbst an die Gesellschaft auszahlt oder ob er eine gestundete Forderung Dritter gegen die Gesellschaft erworben hat. § 49 V RegE 1972 stellt für die Beurteilung der durch den Gesellschafter erworbenen Forderung zutreffend auf den Abtretungszeitpunkt ab.[7]

---

1) z.B. Mietzins, Kaufpreis, Geschäftsführervergütung u.a.
2) für die Gleichbehandlung von Ansprüchen, s. auch BGHZ 31, 258.
3) § 404 BGB; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 87; so auch Kamprad, 1. Aufl. 71.
4) §§ 53, 54 KO.
5) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 88.
6) vgl. den Vorschlag in § 49 II RegE 1972 (BT-Drucks. VI/3033, 15).
7) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 88.

III. §§ 32 a und b GmbHG n. F.

1. Voraussetzungen kapitalersetzender Darlehen

a) Grundtatbestand

Bei der Behandlung von kapitalersetzenden Darlehen folgt die GmbH-Novelle dem RegE.[1] § 32 a vereinfacht die Vorschriften der RegE insoweit, als sie an Stelle der einzelnen Tatbestände eine Generalklausel (§ 32 a III) statuiert, welche die im RegE kasuistisch geregelten Sachverhalte erfassen und gleichzeitig der Rechtsprechung ermöglichen soll, weitere vergleichbare Fälle entsprechend zu behandeln[2]. Dabei geht die GmbH-Novelle davon aus, daß eine GmbH in aller Regel ihren mittelfristigen Kapitalbedarf durch Einlagen der Gesellschafter und durch Gesellschafterdarlehen deckt. Die Finanzierung durch letztere hat ihre Vorzüge; sie ist oftmals sinnvoller als eine Kapitalerhöhung und auch wirtschaftlich vernünftiger und angemessener[3]. Sofern diese Darlehen jedoch langfristig eine zu schwache Kapitalbasis verstärken sollen, erlangen sie den Charakter einer Einlage. Wären im Konkurs der Gesellschaft diese Darlehensforderungen wie alle übrigen Darlehen Konkursforderungen, würden sie somit die Konkursquote der anderen Konkursgläubiger schmälern, während die Gesellschafter ihre Einlagen nicht zurückverlangen könnten. Dies wiederum würde bei kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen zu unbilligen Ergebnissen im Verhältnis zu anderen Gläubigern

---

1) BT-Drucks. 8/3908, 15ff.
2) Geßer, in: Pro GmbH, 103f.; Centrale für GmbH, GmbH-Rdsch. 1980, 98.
3) Gefahr für die GmbH, 35f.; Fleck, 2. Aufl., 35; Kamprad, 2. Aufl., 32.

der Gesellschaft führen. Das Gesetz stellt daher solche Darlehen rechtlich zum Teil - nämlich im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern - im Konkurs sowie in anderen Fällen einer Geschäftskrise dem Eigenkapital gleich, indem es die Rückgewähr untersagt. Darüber hinaus ist eine Gleichstellung der Darlehen auch im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern durch völligen Ausschluß des Rückzahlungsanspruches nicht vorgesehen, eine solchermaßen absolute Gleichstellung von Gesellschafterdarlehen und Einlagen wäre auch wirtschaftlich wenig sinnvoll[1].

In § 32 a ist der Tatbestand für das Vorliegen von kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen normiert. Es kommt demnach auf zwei Merkmale an: Zum einen auf die Gewährung eines Darlehens an die GmbH bzw. die Vornahme eines ihr Darlehenshingabe gleichgestellten, ebenfalls zur finanziellen Stärkung der GmbH führenden Ersatzgeschäftes; zum anderen, als dem für die kapitalersetzende Eigenschaft dieser Leistungen entscheidendem Maßstab,"auf das Finanzierungsverhalten eines ordentlichen Kaufmanns"[2].

aa) Darlehensgewährung

Ein Gesellschafterdarlehen ist durch § 32 a erfaßt, sobald der Gesellschafter als ordentlicher Kaufmann der Gesellschaft statt der Darlehensgewährung Eigenkapital zugeführt hätte. Dies gelte jedenfalls für die beiden Grundtatbestände des § 32 a I und II, d.h. die Gewährung eines Darlehens an die

---

1) vgl. Kamprad, 2. Aufl. 32.
2) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 58.

GmbH entweder durch den Gesellschafter selbst oder durch einen Dritten, dem der Gesellschafter hierfür Sicherheiten gestellt oder dem er sich verbürgt hätte. Hierbei handele es sich jeweils um die Zuführung solcher Fremdmittel an die GmbH, deren Herkunft und besondere Qualifikation durch die Gesellschafterstellung des Darlehens- oder Sicherungsgebers zur Gesellschaft charakterisiert sei[1].

aaa) Gesellschafterdarlehen zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

In § 32 a I 2 des RegE 1977[2] wurde als ausdrückliches Beispiel der Fall angeführt, daß ein Gesellschafterdarlehen zur Abwendung oder Hinausschiebung der Zahlungsunfähigkeit[3] der Gesellschaft benutzt wird. Ein entsprechender Fall wurde auch von der vorliegenden Fassung der §§ 32 a und b. Dies läßt sich auf dem Gedanken des venire contra factum proprium (§ 242 BGB) stützen, wonach sich nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr niemand zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch setzen darf[4].

---

1) BT-Drucks. 8/1347, 39; K. Müller, GmbH-Rdsch., 1982, 34; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 58f.; K. Schmidt, ZIP 1981, 690.
2) BT-Drucks. 8/1347, 39.
3) Definition der Zahlungsunfähigkeit als Konkursgrund von Veit (ZIP 1982, 297): "Zahlungsunfähigkeit ist das auf dem Mangel an Geldmitteln beruhende, in einer Frist von zwei Monaten nicht zu beseitigende Unvermögen, eingeforderte Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen". Vgl. mit anderen Definitionen der Rechtsprechung und der Kommission Rechnungswesen, ZIP 1981, 212, 124.
4) vgl. Kamprad, 2. Aufl. 34

Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des venire contra factum proprium (242 BGB)[1] setzt die Annahme eines widersprüchlichen Verhaltens voraus, daß der Gesellschafter bei der Darlehensgewährung zurechenbar einen Vertrauenstatbestand hinsichtlich der Behandlung der zugeführten Mittel als Eigenkapitalersatz geschaffen und die GmbH sich hierauf eingerichtet hat. Dies könne insb. dann angenommen werden, wenn das Darlehen zur Abwendung der Zahlungsunfähigkeit gewährt worden sei, aber vor erfolgter Sanierung verfrüht abgezogen wurde[2].

Die Eigenart, die die Gesellschafter von sonstigen Darlehensgebern unterscheidet, besteht einerseits in der Teilhabe am Unternehmenserfolg, andererseits in dem gegenüber Dritten wesentlich besseren Einblick in die finanzielle Lage der Gesellschaft. Die sich aus dieser Doppelrolle als Gesellschafter und Kreditgeber in Verbindung mit dem Eigeninteresse der Gesellschafter am Unternehmenserfolg für die übrigen Gläubiger ergebenden Risiken, wurde in der Literatur bereits öfters aufgezeigt[3]. Im Zusammenhang mit dem in § 32 a erfaßten Tatbestand muß sicherlich auch die Frage gestellt werden, ob mit den verschiedenen Formeln, mit denen einerseits der Gesetzgeber[4] und andererseits die bisherige Rechtsprechung des BGH[5] die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Sonderbehandlung von Gesellschafterdarlehen umschrieben haben, auch inhaltliche Unterschiede zum Ausdruck kommen sollten[6].

---

1) Canaris, Vertrauenshaftung, 287ff., 530f.; s. im allgemein, Riezler, Venire Contra Factum Proprium.
2) BGHZ 31, 258, 272; BGH WM 1972, 74; BGHZ 67, 171; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 83; Fleck, 2.Aufl. 36.
3) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 84; Immenga, 422; Sonnenberger, NJW 1969, 2037; Ballerstedt, ZHR 135, 391f.; von Caemmerer, Fs. Sanders, 17, 22; Wiedemann, in: Haftungsbeschränkung, 28; Müller, GmbH-Rdsch. 1982, 34.
4) §§ 32 a und b (BGBl. I, 1980, 836ff.).
5) vgl. BGHZ 31, 271ff.; BGHZ 67, 177; BGH WM 1972, 74; BGHZ, 75, 354; BGHZ 76, 326.
6) vgl. Müller, GmbH-Rdsch. 1982, 33ff.

Nach bisherigem Recht durfte ein Gesellschafter die Rückzahlung eines Darlehens, mit dessen Gewährung die Anwendung oder Hinausschiebung der Zahlungsunfähigkeit der GmbH bezweckt worden war, solange nicht verlangen, bis die Konkursgefahr von der Gesellschaft abgewendet worden war. §§ 32 a und b schliessen aus, daß die Gesellschaft infolge Rückzahlung dieser Darlehen erneut zahlungsunfähig wird und andere Gläubiger hierdurch Schaden erleiden[1].

bbb) Gesellschafterdarlehen zur Beseitigung der Überschuldung

GmbH-Gesetz (§ 63 I) und Konkursordnung (§§ 207 II,208) nennen neben der Zahlungsunfähigkeit als weiteren Konkursgrund die Überschuldung der Gesellschaft. Die Überschuldung kann unabhängig und in einem anderen Zeitpunkt als die Zahlungsunfähigkeit sehr leicht eintreten[2].

Überschuldung i. S. von § 63 I liegt immer dann vor, wenn die Schulden der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiva der Gesellschaft abgedeckt sind. In diesem Fall übersteigen die "echten" Verbindlichkeiten der GmbH die Summe der Aktiva, wobei die Passiva mit Kapital- oder Rücklagencharakter ausgeklammert werden müssen.[3] Die Feststellung der Überschuldung setzt also die Erstellung einer Vermögensbilanz voraus![4] Aus

---

1) Kamprad, 2. Aufl., 34.
2) BGH ZIP 1980, 361; Baumann, Konkurs und Vergleich, 22.
3) Baumann, Konkurs- und Vergleichsrecht, 18; Baumann, Konkurs und Vergleich, 22; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 78, ders., KTS 1981, 469 ff.; Uhlenbruck, ZIP 1980, 73ff.; Schmidt, AG 1978, 334f.; ders. ZIP 1980, 233ff.; ders., in: Scholz, § 63 Rdn. 13f; Müller, GmbH-Rdsch. 1982,35; Dahl, GmbH-Rdsch. 1964, 112.
4) Bauer (Konkurs- und Vergleichsrecht, 18) hat darauf hingewiesen, daß die Zahlungsunfähigkeit dagegen durch eine sog. Liquiditätsbilanz dargetan wird.

diesen Grundsätzen ergibt sich konsequenterweise, daß ein Gesellschafterdarlehen nur dann die Überschuldung der GmbH beseitigen kann, wenn das Darlehen von Bedingungen begleitet wird, nach denen es für die Dauer der Krise hinter den übrigen Gläubigerforderungen im Rang zurücktritt. Die Verbindlichkeit des Darlehens darf also nicht bei der Feststellung der Überschuldung berücksichtigt werden.[1)]

Ist ein derartiger Rangrücktritt zwischen Gesellschafter und Gesellschaft vereinbart worden, so kann der Darlehensgeber sein Darlehen solange nicht zurückfordern, solange sich die GmbH in der Krise befindet. Diese Undurchsetzbarkeit der Rückforderung läßt sich schon allein aus den getroffenen Darlehensvereinbarungen herleiten und braucht nicht auf einen Mißbrauchsvorbehalt oder auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens[2)] gestützt werden.[3)] Eine konkludente Vereinbarung des Rangrücktritts kann darin gesehen werden, daß die Gesellschafter Darlehen, die vor Eintritt der Überschuldung der GmbH an diese gewährt wurden, diese später bewußt im Überschuldungsstatus der GmbH nicht berücksichtigen. Diese Tatsache läßt den Schluß zu, daß sich die Gesellschafter als Darlehensgeber und die Gesellschaft über den Rangrücktritt der Darlehen geeinigt haben.[4)] Auch in diesem Fall ist die Geltendmachung der Darlehen bereits durch die getroffenen Vereinbarungen ausgeschlossen, und es bedarf keines Rückgriffs mehr auf § 242 BGB.[5)]

Zahlt die GmbH trotz der oben dargelegten Undurchsetzbarkeit die Darlehen ganz oder zum Teil an die Gesellschafter zurück, so normieren die §§ 30, 31 I unabhängig vom Eintritt des Konkurses Erstattungsansprüche der GmbH gegen die Empfänger der Rückzahlungen. Die §§ 30, 31 I werden in den Fällen analog

---

1) Jaeger-Weber KO §§ 207/208, 21; Kamprad, 1.Aufl. 38, Fn. 150, mit weiteren Formulierungsbeispielen.
2) Ulmer, in: Hachenburg Rdn. 76; Kamprad, 1. Aufl. 65f.
3) Ulmer, in: Hachenburg Rdn. 78.
4) Steindorf, ZHR 132, 281.
5) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 78.

angewendet, in denen die Rückzahlung der Darlehen aus dem bereits überschuldeten GmbH-Vermögen erfolgt. Die genannten Vorschriften führen zwar zu einem Erstattungsanspruch gegen die Empfänger der Rückzahlungen, § 31 III findet dagegen keine Anwendung, so daß eine Ausfallhaftung der Mitgesellschafter nicht begründet werden kann[1].

Die Gesellschaft braucht nur, sofern der Gesellschafter den Rangrücktritt seiner Forderung einseitig erklärt hat oder mit ihm eine Rangrücktrittsvereinbarung des Inhaltes getroffen wurde, daß der Gesellschafter die Darlehensforderung im Konkurs erst nach Befriedigung der übrigen Gläubiger geltend machen würde, diese Darlehen nicht als Verbindlichkeit in die Konkurstabelle mit aufzunehmen[2]. Durch ein solches Vorgehen ist es möglich, die Überschuldung der Gesellschaft zu beseitigen. Im Ergebnis erfolgt dadurch praktisch eine Gleichstellung von Gesellschafterdarlehen und Eigenkapital der Gesellschaft[3].

Ein Gesellschafter, der nach der Gewährung eines Darlehens an seine überschuldete Gesellschaft eine Rangrücktrittserklärung abgibt, um hierdurch die Überschuldung der Gesellschaft zu beseitigen, darf diese Erklärung nicht einseitig widerrufen bzw. nicht auf Grund einer Aufhebungsvereinbarung mit der Gesellschaft die Darlehensforderung geltend machen, sofern hierdurch die Überschuldung erneut eintritt. Ansonsten wäre eine derartige Darlehensgewährung mit Rangrücktrittsvereinbarung als bloße Konkursverschleppung anzusehen. Die Gesellschaftsgläubiger haben ein berechtigtes Interesse,

---

1) BGHZ 60, 324, 331.
2) BT-Drucks. 8/1347; Kamprad, GmbH-Rdsch., 1969, 82.
3) vgl. Fleck, 2. Aufl., 36; Kamprad, 2. Aufl., 35.

daß die Darlehen mit Rangrücktritt der Gesellschaft bis zum Abschluß der Sanierung zur Verfügung stehen, und nur dann geltend gemacht werden, wenn sichergestellt ist, daß die Rückzahlung nicht wiederum eine Überschuldung der Gesellschaft zur Folge hat. Die §§ 32 a und b sind daher auf derartige Darlehen anzuwenden[1].

ccc) Deckung eines zur Weiterführung der Gesellschaft notwendigen Kreditbedarfes

Die Qualifizierung von Darlehen als Ersatz für fehlendes Eigenkapital ist nicht nur in den Fällen der völligen Zahlungsunfähigkeit gegeben, sondern findet bereits statt, wenn Gesellschafterdarlehen gewährt worden, "weil die Gesellschaft einen zur Weiterführung notwendigen Kredit zu marktüblichen Bedingungen nicht erhalten konnte und deshalb an sich liquidiert werden müßte"[2]. Bei solchem Sachverhalt hat der BGH nach bisherigem Recht den Rückzahlungsanspruch versagt, wenn und soweit durch die Darlehen verlorenes Stammkapital oder eine über den Verlust hinausgehende Überschuldung der Gesellschaft abgedeckt werden sollte[3].

Diesem vom BGH angewandten Kriterium der Kreditfähigkeit der GmbH bei Dritten im Zeitpunkt der Gewährung oder Belassung des Darlehens kommt auch für die Anwendung der §§ 32 a und b besondere Bedeutung zu[4]. In der Regel ist immer dann, wenn

---

1) hierzu s. auch Kamprad, 2. Aufl., 36.
2) BGHZ 76, 326.
3) BGHZ 76, 326; vgl. auch Kamprad, 2. Aufl., 34.
4) vgl. Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 62; Kamprad, 2. Aufl., 34.

ein gesellschaftsfremder Dritter nicht bereit ist, der GmbH zu marktüblichen Bedingungen lang- oder mittelfristig Kredit zu gewähren, davon auszugehen, daß "ein ordentlicher Kaufmann in dieser Situation seiner Gesellschaft statt Darlehen Eigenkapital zugeführt hätte". Darlehen, die dieGesellschafter in dieser finanziellen Lage der Gesellschaft gewähren, werden solange wie Eigenkapital behandelt, wie die Krise nicht nachhaltig überwunden ist. Die Gesellschafter haben demnach hinzunehmen, daß in einer Krise der Gesellschaft, "vor allem im Konkurs, ihre Darlehen den Kapitaleinlagen gleichgestellt werden und sie ihre Rückzahlungsansprüche nicht zum Nachteil der übrigen Gläubiger geltend machen können"[1].

bb) Eigenkapitalersetzender Charakter

Sind die objektiven Voraussetzungen gegeben, wonach ein der GmbH gewährtes Darlehen einem Gesellschafter zugerechnet werden kann, so ist zu prüfen, ob das Darlehen eigenkapitalersetzenden Charakter hat. Diese Ersatzfunktion ist immer dann anzunehmen, wenn die Darlehen im Zeitpunkt ihrer Hingabe oder Belassung den Zweck haben, eine nicht nur auf kurzfristiger Illiquidität beruhende Zahlungsunfähigkeit der GmbH zu beheben, oder den Konkursgrund der Überschuldung zu beseitigen[2]. Die bilanzmäßige Überschuldung wird, wie soeben dargelegt, ohnedies nur durch eine das Darlehen begleitende Bestimmung behoben, nach der eine Rückzahlung erst nach Beseitigung der Krise aus einem dann wieder gebildeten Aktivvermögen der GmbH in Betracht kommt[3].

---

1) Lutter / Hommelhoff, ZGR 1979, 33f.; Kamprad, 2.Aufl., 35; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 6f.
2) vgl. Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 34; Deutler, GmbH-Rdsch. 1980, 149; Ballerstedt, ZHR 135, 393; G. Winter, 176f.; Lutter, in: Probleme der GmbH-Reform, 63, 77f.
3) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 78f.; ders., in: Das neue GmbH-Recht, 61; Serick, ZIP 1980, 9ff.

Durch die gesetzliche Regelung wurde die alte Frage, inwieweit auch Darlehen oder ähnliche Mittelzuführungen, die der GmbH im Vorfeld einer Krise gegeben oder belassen werden, kapitalersetzenden Charakter haben, noch akuter[1]. Eine der umstrittensten Punkte in der 10jährigen Novellierungsdiskussion bildete die Frage, welcher Maßstab für die Abgrenzung heranzuziehen sei. § 47 I des RegE 1969 stellt noch in Anlehnung an das Kapitalverkehrssteuergesetz darauf ab, ob nach Sachlage im Zeitpunkt der Darlehensgewährung eine Kapitalzuführung zum Eigenkapital geboten gewesen wäre[2]. Der jetzt im Gesetz normierte Maßstab des Finanzierungsverhaltens ordentlicher Kaufleute wurde erstmals im RegE 1971 gewählt[3]. Diese unscharfe Tatbestandsmerkmal wurde in der Folgezeit beibehalten, obwohl die damit verursachte Unsicherheit in der Rechtsanwendungspraxis oftmals Anlaß zur Kritik gab.[4] Auf der anderen Seite konnten die entwickelten Alternativkonzeptionen keine überzeugenderen Lösungen anbieten. Die praktische Anwendung des unbestimmten Maßstabes durch die Gerichte darf nicht in schematischen Bahnen verlaufen ("goldene Bilanzregel", Abstellen auf eine bestimmte Relation von Eigen- und Fremdkapital). Anhaltspunkte für die Annahme eines kapitalersetzenden Darlehens lassen sich vielmehr aus der Ausgestaltung der Laufzeit sowie aus seinem Zweck (Finanzierung einer erheblichen Geschäftsausweitung, langfristige Investitionen) gewinnen.[5] Eine abschließende Bewertung kann aber erst dann vorgenommen werden, wenn man die Finanzierungsgewohnheiten der betreffenden Branche sowie die Eigenheiten

---

1) vgl. Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 61; Kamprad, 2.Aufl. 36.
2) Kamprad, 2.Aufl., 26f., 48ff.; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 61 Fn. 23 m.w.N.
3) BT-Drucks. VI/3088, § 49 I.
4) vgl. etwa Erlinghagen, Fs. Kaufmann, 139ff.; Kamprad, GmbH-Rdsch. 1975, 54; K. Müller, ZRP 1975, 101; G. Winter, 114ff.
5) zur Möglichkeit des eigenkapitalersetzenden Charakters auch kurzfristiger Darlehen vgl. Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 40f.; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 61 , 62f.

der betreffenden GmbH und ihrer langfristigen Unternehmensplanung mit in Betracht zieht. In der Regel wird eine derartige Beurteilung meist erst ex post vorgenommen werden können, gleichwohl ist eine ex ante-Betrachtung vorzunehmen, also auf den Zeitpunkt der Gewährung oder Belassung der Fremdmittel abzustellen.[1]

Während die Rechtsprechung[2] bei der Frage, wann ein Gesellschafterdarlehen Eigenkapital sei auf "die Kreditfähigkeit der Gesellschaft" abstellt , stellt § 32 a I darauf ab, ob anstelle des Darlehens die Gesellschafter als "ordentliche Kaufleute" Eigenkapital zugeführt hätten. Damit hängt der kapitalersetzende Charakter eines Darlehens von einem völlig neuen, und zwar unbestimmten Rechtsbegriff ab, dessen Inhalt geklärt werden muß[3]. Bei der Bestimmung des Maßstabs des § 32 a taucht zuerst das Problem auf, ob dieser Maßstab "empirisch, allein durch Beobachtung des Verhaltens ordentlicher Kaufleute", oder "normativ, ausgerichtet am Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschrift" zu konkretisieren ist[4]. Hier läßt sich festhalten, daß man nicht, jedenfalls nicht ausschließlich, auf die Gewohnheiten und Auffassungen der Kaufmannschaft abstellen kann. § 32 a hat den Gläubigerschutz im Auge und will die Gesellschafter bei der Frage der Darlehens- und Eigenkapitalfinanzierung im öffentlichen Interesse zu einem bestimmten Verhalten anhalten. Es ist deshalb immer zu fragen, wie sich ein ordentlicher Kaufmann verhalten muß, damit der mit der Vorschrift verfolgte Zweck erreicht werde[5]. Insofern angesichts der finanziellen Lage der GmbH ein mit dieser nicht verbundener Dritter nicht bereicht wäre das Risiko eines Kredits in der fraglichen Größenordnung zu marktüblichen Bedingungen und ohne Sicher-

---

1) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 62.
2) BGHZ 75, 334, 336f.; 76, 326, 329; 81, 311, 314f.
3) Baumbach/Duden/Hopt, 536; Kamprad, GmbH-Rdsch. 1975, 54; Storbel, DB 1973, 1961; Ulmer, in:Hachenburg, Rdn. 18; Hommelhoff, in: Die Zukunft der GmbH, 33.
4) Kreuzer, ZIP 1980, 603; Geßler, ZIP 1981, 231; ders. BB 1980, 1392.
5) Geßler, ZIP 1981, 231.

heiten der Gesellschaften einzugehen, so kann darin jedenfalls eine starkes Indiz dafür gesehen werden, daß die auf die Zufuhr finanzieller Mittel angewiesene GmbH nur mit Hilfe ihrer Gesellschafter und unter Aktivierung von deren Interesse am Überleben und Erfolg des Unternehmens erhalten werden kann. Es ist daher davon auszugehen, daß zumindest bei solchen Sachverhalten ein ordentlicher Kaufmann seinem Unternehmen die benötigten Mittel in Form von Kapital zuführen wird, vorausgesetzt, daß er sich überhaupt entschließt, im Vertrauen auf die Zukunft seines Unternehmens noch in dieses zu investieren. Eine Ausnahme sollte nur insoweit gemacht werden, als ein kurzfristiger einmaliger Kapitalbedarf für ein bestimmtes Projekt nicht anders gedacht werden kann und "die planmäßige Rückzahlung des Darlehens nach Durchführung des Projekts in keinem ersichtlichen Zusammenhang mit einer später auftretenden, noch innerhalb der Jahresfrist zum Konkurs führenden Krise steht"[1].

Die Begründung zum Regierungsentwurf[2] meint, daß die Feststellung "im Einzelfall nicht einfach zu treffen sei, jedoch nicht auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen wird". Aber es bleibt festzuhalten, daß der Gesetzgeber durch das Abstellen auf den ordentlichen Kaumfann keine besonders hohe Finanzierungsorgfalt für die Abgrenzung zugrunde legt. Diese Beurteilung gewinnt man nicht zuletzt durch einen "Vergleich mit dem hohen Sorgfaltsmaßstab für Vorstandsmitglieder einer AG in § 93 Aktg"[3], wobei zu berücksichtigen ist, daß "der Vorstand einer AG fremde Geschäft führt und fremdes Vermögen verwaltet, während die GmbH-Gesellschaft im eigenen Interessenbereich tätig werden". Dieser Unterscheid zeigt sich bei genauer Betrachtung auch in der Formulierung der betreffenden Vorschriften[4]. Das Verhältnis dieser bei-

---

1) vgl. Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 62f.; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 4Of.

2) BT-Drucks. 8/1347, 39.

3) Ulmer, in: Das neue GmhH-Recht, 62; im Bezug auf § 93 AktG s. vor allem, Mertens, in: Kölner Kommentar, § 93, Rdn. 12ff.

4) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 62; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 66.

den Charaktere "ordentliches Finanzierungsverhalten" und Kreditfähigkeit der Gesellschaft" ist noch offen. Aber wenn man dieses Qualifizierungsmerkmal nach dem Wortlaut des § 32 a ausfüllen will, muß man zuerst nach der Kreditfähigkeit der GmbH fragen. Deshalb verwendet die Praxis die bisherigen Kriterien weiter[1].

---

1) Baumbach/Duden/Hopt, 536; Hopt/Hehl, Gesellschaftsrecht, 240; BT-Drucks. 8/1347, 39; Fleck, 2. Aufl., 45; Lutter, DB 1980, 1321; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 39f.; Gersch/Herget/Marsch/Stützle, Die GmbH-Reform, 106f.; Priester, DNotZ 1980, 531 Fn. 86; Schmidt, ZIP 1981, 691f.; Priester/Schmidt, in: Die GmbH-Novelle, 40; Ulmer, Fs. Duden, 661; ders., in: Das neue GmbH-Recht,62, 82; a. A.: Geßler, BB 1980, 1391; ders., ZIP 1981; 230; ders., in: Das neue GmbH-Recht, 78; K. Müller, GmbH-Rdsch. 1982, 33; Kamprad, 2. Aufl., 32; Hommelhoff, in: Die Zukunft der GmbH, 33; W. Müller, Wpg 1980, 375; Thöne, DB 1980, 2179; in Bezug auf die Bank s. insb. Schwark, ZHR 147, 96.

b) Darlehensgewährung durch Dritte

§ 32 a normiert, daß auch Darlehen Dritter, für die ein Gesellschafter sich verbürgt oder andere Sicherheiten bestellt hat, Beschränkungen unterliegen. Auf diese Weise sollten Umgehungen des § 32 a I verhindert werden. Dritte Kreditgeber müssen sich im Konkurs oder Vergleichsverfahren zunächst durch Verwertung der Sicherheit befriedigen. Von der Gesellschaft können sie nur anteilig Befriedigung für den Ausfall verlangen. Ansonsten können Dritte, die von den Gesellschaftern Sicherheiten erhalten haben, ihren Darlehensanspruch in voller Höhe im Konkurs- oder Vergleichsverfahren über das Vermögen der Gesellschaft geltend machen und so die Konkursquote mindern. Eine solche Umgehungsvorschrift hielt der Rechtsausschuß des Bundestages aus Gründen des Gläubigerschutzes für zwingend erforderlich, weil anderenfalls zu befürchten sei, daß die gesamte Vorschrift leerlaufen würde[1].

Die GmbH-Novelle enthält keine gesetzliche Klarstellung, gegen wen sich die Norm eigentlich richtet: § 32 b richtet sich im praktischen Ergebnis nicht gegen den dritten Kreditgeber, sondern gegen den sicherungsgebenden Gesellschafter[2]. Die Tatbestandsvoraussetzungen sind insofern die gleichen wie beim Grundfall des § 32 a I. § 32 a II kommt zur Anwendung, sofern ein Dritter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt ein Darlehen gewährt, in dem die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten.

---

1) BT-Drucks. 8/3908, 74; K. Schmidt, ZIP 1981, 693; Kamprad, 2. Aufl. 37; Fleck, 2. Aufl., 47; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 64f.; Gersch/Herget/Marsch/Stützle, 116.
2) K. Schmidt, ZIP 1981, 693; Gersch/Herget/Marsch/Stützle, 116; Kamprad, 2. Aufl., 37; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 64f.; Roth, GmbHG, § 32a Anm. 4.2.

Bei Anwendung dieser Vorschrift ist die Haftung des Gesellschafterbürgen selbstschuldnerisch[1]. Im Falle einer Ausfallbürgschaft ist die Vereinbarung der subsidiären Haftung unwirksam[2]. Genauso unwirksam ist ein nach Eintritt der Kreditunfähigkeit oder der Konkursreife erklärter Verzicht des Drittgläubigers auf die Sicherheit, die er vom Gesellschafter erhalten hat[3]. In der Praxis kommt vor allem der Fall in Betracht, daß der Gesellschafter den Dritten veranlaßt hatte, der Gesellschaft Kredite zur Verfügung zu stellen, um die Zahlungsunfähigkeit abzuwenden.

Die Frage, ob die Gesellschaft nach den Worten des BGH[4] "zu einem bestimmten Zeitpunkt von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen Kredit erhalten hätte", ist in bezug auf die dritte Seite dahingehend aufzufassen, ob die Gesellschaft von einer Bank einen solchen Kredit bekommen hätte. Ob sie von irgendeinem Dritten den Kredit auch erhalten hätte, darf keine Rolle spielen[5].

Bei Kreditanfragen prüfen Banken gewöhnlich die Ertrags- und Vermögenslage der Gesellschaft und erkundigen sich vor allem auch nach der beabsichtigten Verwendung des Kredits. Eine Gesellschaft, welche in der letzten Zeit keine Erträge erzielt hat und bei der solche auch mit Hilfe des beantragten Kredits nicht sicher erwartet werden können, wird in aller

---

1) K. Schmidt, ZIP 1981, 694
2) ibid., 693.
3) BT-Drucks. 8/1347, 40; K. Schmidt, ZIP 1981, 693; Roth, GmbHG, § 32 a Anm. 4.2.; Gersch/Herget/Marsch/Stützle, 116; Kamprad, 2. Aufl., 38f.
4) BGHZ 76, 330
5) vgl. Geßler, ZIP 1981, 230.

Regel kaum Bankkredit erhalten[1]. Bei Krediten an mittelständische Unternehmen wurden bislang entsprechend einer Übung der Bankinstitute zusätzliche Sicherungen durch Bürgschaft verlangt. Daraus folgt die Frage, welche Bedeutung das bankübliche Verlangen für die Beurteilung der Kreditfähigkeit der GmbH im Rahmen des § 32 a II hat[2]. Wollte man daraus folgern, daß das Vermögen der GmbH als Sicherung des Darlehens nicht ausreiche, sie auf der Grundlage ihres eigenen Vermögens nicht kreditfähig sei, müßte in der Frage, "ob die GmbH von dritter Seite Kredit erhalten hätte", der Gesellschafter nachweisen, daß die GmbH auch ohne die zusätzliche Sicherung von der Bank Kredit bekommen hätte. Könnte er diesen Nachweis nicht führen, würde das Gesellschafterdarlehen kapitalersetzenden Charakter haben. Unter Berücksichtigung der geschilderten Bankpraxis liegt jedoch die Annahme näher, daß es sich bei dem Verlangen nach einer zusätzlichen Sicherung um eine bank- und damit "marktübliche" Bedingung handele, die allein über die Kreditwürdigkeit der GmbH nichts besage. Dann läge die Beweislast dafür, daß die GmbH ohne die zusätzliche Sicherheitsleistung eines Gesellschafters kein Darlehen erhalten hätte, weil ihr Vermögen allein als Kreditunterlage nicht ausgereicht hätte, bei demjenigen, der den kapitalersetzenden Charakter des Darlehens behauptet[3].

Noch nicht abzusehen ist, wie sich die geschilderte Bankpraxis der zusätzlichen Sicherung von Darlehen an mittelständige GmbH's durch ihre Gesellschafter entwickeln wird. Es ist wahrscheinlich, daß rechtskundige Gesellschafter nicht mehr so leicht bereit sein werden, einen Bankkredit der GmbH

---

1) vgl. Geßler, ZIP 1981, 230; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 18.
2) hierzu Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 93; Geßler ZIP 1981, 230.
3) vgl. Geßler, ZIP 1981, 230.

zusätzlich zu sichern. Unter Umständen könnte man hierin die Anerkennung der Kreditfähigkeit der Gesellschaft sehen. Bei einem Darlehen mit kapitalersetzendem Charakter können die Gesellschafter auch dann, "wenn sie die Bank aufgrund der von ihnen gestellten Sicherung befriedigen, den auf sie übergegangenen Darlehensanspruch nach § 32 a I im Konkurs- oder Vergleichsverfahren nicht geltend machen"[1]. Es ist anzunehmen, daß dies ihre Bereitschaft zur zusätzlichen Sicherung vermindern werde. Gleichzeitig hat jedoch auch für die Banken die zusätzliche Sicherung eines Darlehens durch Gesellschafter aufgrund des § 32 a II beachtenswerte Konsequenzen. Sie müssen versuchen, sich erst Befriedigung aus der Sicherung oder Bürgschaft zu verschaffen. Nur mit ihrem Ausfall nehmen sie am Konkursverfahren teil. Dies könnte zu einer Erschwerung des Bankkredits führen, indem die Banken eine 100%ige Absicherung gefordert hätten[2]. Es ist nicht schwierig, die Kreditwürdigkeit auch für in der Vergangenheit liegende Tatbestände festzustellen, soweit es um die bankmäßigen Voraussetzungen der Kreditgewährung geht. Etwas anders ist diesbezüglich die Vermögens- und Ertragslage, der Gesellschaft, wenn der Zeitpunkt der Kreditgewährung verhältnismäßig lange zurückliegt. Man könnte aber mit dem BGH[3] davon ausgehen, "daß auch insoweit im allgemeinen mit einem zuverlässigen Ergebnis gerechnet werden kann, so daß mit dem Anknüpfen an die Kreditaussichten auch dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit Genüge getan ist"[4].

Deshalb ist § 32 a II immer anzuwenden, wenn die GmbH objektiv kreditunfähig wird und das Bankinstitut das Kreditlimit trotzdem nicht kündigt. Bei diesem Abstellen auf objektive

---

1) Geßler, ZIP 1981, 230; ders. BB 1980, 1385; ders. in: Pro GmbH, 104f.; BGH WM 1976, 1223; Baums, StuW 1980, 303 Anm. 43.
2) vgl. Geßler, ZIP 1981, 230; Kreuzer, ZIP 1980, 603 m.w.N.
3) BGHZ 76, 331.
4) vgl. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 18, 20; Geßler, ZIP 1981, 230; ders. BB 1971, 665, 668.

Elemente sind subjektive Merkmale nicht entscheidend. Insbesondere ist die Kenntnis des Gesellschaftsbürgen von der fehlenden Kreditfähigkeit irrelevant, obwohl er durch die Anwendung des § 32 a II im Ergebnis nachteilig betroffen ist. Diese Auffassung verlagert das Risiko berechtigtermaßen auf den sicherungsgebenden Gesellschafter, der bei Konkurs ohne Regressmöglichkeit haftet[1].

Der Gesellschafter kann dem Darlehensgeber persönliche oder dingliche Sicherheiten zur Verfügung stellen: Als persönliche Sicherheiten Bürgschaft, abstraktes Garantie- oder Leistungsversprechen, als dingliche Sicherheiten Grundschuld oder Hypothek, evtl. auch Pfandrechte an beweglichen Sachen. Bei Grundschulden und Hypotheken läßt sich freilich die Höhe der Konkursforderung des Darlehensgebers erst nach Abschluß des umständlichen und normalerweise lange dauernden Verwertungsverfahrens festellen[2].

Nach der Auffassung von Ulmer deckt sich der Maßstab der Kreditfähigkeit der GmbH im Verhältnis zu Dritten zwar nicht notwendig mit dem in § 32 a vorgesehenen Kriterium des Finanzierungsverhaltens eines ordentlichen Kaufmanns. Er gehe normalerweise nicht über jenes hinaus, sondern stelle sozusagen das Minimum dessen dar, was jeder Kaufmann bei der Finanzierung eines

---

1) vgl. K. Schmidt, ZIP 1981, 694.
2) vgl. Kamprad, 2. Aufl., 38

Unternehmens beachten müsse[1]. Demgegenüber können natürlich auch Sachverhalte vorkommen, in denen ein ordentlicher Kaufmann schon Eigenkapital zuführen würde, obwohl die GmbH noch kreditfähig sei. Derart unbestimmte Rechtsbegriffe bringen es mit sich, daß eindeutige Grenzlinien ohnehin nicht gezogen werden können. Ulmer[2] vermutet aber, daß diese Frage mehr von theoretischer Bedeutung sei und die Behandlung von Gesellschafterdarlehen als Kapitalersatz normalerweise erst dann praktisch bedeutsam werde, wenn es auch an der Kreditfähigkeit der GmbH in solchem Maße fehle. Den rechtlichen Ansatzpunkt für den Rangrücktritt von Gesellschafterdarlehen bei Unterkapitalisierung der GmbH bildet die Doppelrolle der betreffenden Darlehensgläubiger als Gesellschafter und Kreditgeber sowie die auf dem unternehmerischen Eigeninteresse beruhende Mittelzuführung an die unterkapitalisierte und daher aus der Sicht Dritter nicht kreditfähige GmbH. Der gleiche Gedanke greift auch in denjenigen Fällen ein, in denen die Gesellschafter zwar nicht selbst als Darlehensgeber auftreten, der GmbH aber auf andere Weise zum Ausgleich des Kapitalmangels unter Einsatz des eigenen Vermögens Fremdmittel zuführen, die diese aus eigener Kraft nicht erhalten würde. Die Erscheinungsformen solcher mittelbaren Gesellschafterdarlehen sind vielfältig, angefangen von der Gesellschafterbürgschaft bis hin zum Verwandtendarlehen aus Mitteln des Gesellschafters[3].

c) § 32 a III

In § 49 II RegE 1972[4] wurden verschiedene wirtschaftliche Sachverhalte genannt, für die § 32 a I und II sinngemäß Geltung haben sollte. Die Novelle enthält hingegen die Generalklausel, wonach diese Vorschriften sinngemäß für alle Rechtshandlungen

---

1) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 63; vgl. auch Lutter, DB 1980, 1321; Deutler, GmbH-Rdsch. 1980, 149; Geßler, BB 1980, 1385, 1391.
2) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 63.
3) vgl. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 82ff.
4) BT-Drucks, VI/3088, 15; sie entspricht auch RegE 1977 (BT-Drucks. 8/1347, 9f.).

eines Gesellschafters oder eines Dritten gelten, die der Darlehensgewährung nach § 32 a I und II wirtschaftlich entsprechen. Diese Änderung erfolgte aufgrund einer Empfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages, der damit jede Möglichkeit einer Lücke beseitigen wollte[1]. Die Rechtsprechung könne nunmehr alle wirtschaftlich vergleichbaren Fallgestaltungen aufgrund dieser Generalklausel erfassen[2].

aa) Stundung einer Forderung

Im Falle der Stundung bestehender Forderungen des Gesellschafters oder eines Dritten, gleich welcher Art, sollten bereits nach § 49 II des RegE 1972[3] diese Vorschriften sinngemäße Anwendung finden. Dies entsprach der Rechtssprechung des BGH[4] zum bisherigen Recht, der Gesellschafterdarlehen auch dann wie haftendes Kapital behandelte, wenn die GmbH bei deren Hingabe wirtschaftlich gesund war, der Gesellschafter sie nach Eintritt des Konkursgrundes aber nicht zurückverlangte, obwohl er mit der nun vorliegenden Unentbehrlichkeit der Darlehensvaluta als Kapitalgrundlage rechnen mußte. § 32 a I und II finden auf diese Fallgestaltung nunmehr entsprechend Anwendung. Stundet ein Dritter seine Forderung gegen die Gesellschaft auf Veranlassung des Gesellschafters und erhält dafür Sicherheiten, muß er damit

---

1) BT-Drucks. 8/3908, 74.
2) Baumbach/Duden/Hopt, 537; Kamprad, 2. Aufl., 39.
3) BT-Drucks. VI/3088, 15 = § 32 a II des RegE 1977 (BT-Drucks. 8/1347, 9); Fleck, 2. Aufl. 37.
4) BGHZ 75, 338 = ZIP 1980, 115ff. mit Anm. von Klasmeyer; BGHZ 76, 326; BGHZ 81, 252; auch BGHZ 81, 311; bereits Fleck, LM Nr. 6 zu § 30.

rechnen, daß die Rechtsfolgen des § 32 a II und des § 32 b eintreten[1]. Unterläßt es der Gesellschafter, seine zur Rückzahlung fälligen oder jederzeit kündbaren Darlehen in einem Zeitpunkt geltend zu machen, in dem die Rückzahlung zur Zahlungsunfähigkeit und damit zum Konkurs der GmbH führen würde, besteht in der Sache kein Unterschied zur ursprünglichen Darlehenshingabe[2]. Dieser Rechtslage steht es wirdeum gleich wenn es sich um nicht entnommene Gewinne und Bezüge oder um stehengelassene Guthaben auf Grund von Lieferungen und Leistungen handelt und die Mittel der Finanzierung der Gesellschaft dienen[3]. In beiden Fällen wird nämlich die Gesellschaft durch die Mittelüberlassung am Leben erhalten. Die Gesellschaftsgläubiger

---

1) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 59; Fleck, 2. Aufl. 37; Kamprad, 2. Aufl., 40; Baumbach/Duden/Hopt, 537.

2) BHGZ 75, 334ff., Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 86; Kamprad, 2. Aufl., 40f., K. Schmidt, ZGR 1980, 572ff., 579ff.; drs. ZIP 1981, 692; Matschke, DBW 1981, 562; Lutter, DB 1980, 1321; Timm, GmbH-Rdsch. 1980, 291; Fischer, Kommentar § 32 a Anm. 2 b; Rütter/Preis, JA 1981, 30; Baums, StuW 1980, 303; Beinst/Hnnerkes/Binz, GmbH-Rdsch. 1981, 10f.; a.A.: Gessler, BB 1980, 1391; ders. ZIP 1981, 235 (er meint, das bloße Belassen durch Unterlassen einer möglichen Kündigung könne aber weder einer "Darlehensgewährung" i.S. v. § 32 I noch einer ihr "wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung" i.S. v. § 32 a III gleichgesetzt werden);
Töhne (DB 1980, 2179) meint, daß die dahingehende Rechtsprechung (z.B. BGH BB 1980, 222f.) mit der neuen Gesetzeslage nicht mehr übereinstimme.

3) Lutter, DB 1980, 1321; Gessler ZIP 1981, 235.

müssen darauf vertrauen können, daß die zur weiteren Geschäftstätigkeit erforderlichen Mittel der Gesellschaft erst dann wieder entzogen werden, wenn sie von ihr nicht mehr benötigt werden. Eine Anwendung dieser Vorschriften scheidet aber dann aus, wenn für den Gesellschafter, als er von der Krise erfuhr oder sie wenigstens erkennen konnte, weder rechtlich noch faktisch die Darlehensrückzahlung durchsetzen konnte, weil diese noch nicht zur Rückzahlung fällig und auch nicht vorzeitig kündbar waren. In diesem Zusammenhang wird bei der Einmann-Gesellschaft besonders kritisch zu prüfen sein, ob nicht wenigstens eine faktische Rückzahlungsmöglichkeit bestand. Der Alleingesellschafter hat faktisch immer die Möglichkeit, eine Vereinbarung mit der Gesellschaft im gegenseitigen Einvernehmen abzuändern, so daß er auch bei einer ursprünglich anderweitigen Vereinbarung das Darlehen jederzeit kündigen kann. Für einen Mehrheitsgesellschafter wird dies dagegen keinesfalls ohne weiteres gelten können, auch wenn er die Gesellschaft beherrscht. Dieser hat bei seinen Entscheidungen die Interessen der Minderheitsgesellschafter mit zu berücksichtigen. Er macht sich ihnen gegenüber schadensersatzpflichtig, wenn er seinen Einfluß auf die Gesellschaft dazu benutzt, die Abänderung einer bestehenden Vereinbarungen zu seinen Gunsten durchzusetzen. Bei der Stundung einer Forderung ist als entscheidender Zeitpunkt der „Darlehensgewährung" derjenige der Stundung anzusehen. Es kommt also darauf an, ob der Gesellschafter in diesem Zeitpunkt als „ordentlicher Kaufmann" der Gesellschaft Eigenkapital hätte zuführen müssen statt Fremdmittel zu belassen[1].

---

1) § 49 II RegE 1972 (BT-Drucks. VI/3088, 15); § 32 a II RegE 1977 (BT-Drucks. 8/1347, 9).

bb) Erwerb gestundeter Forderungen eines Dritten durch Gesellschafter

§ 49 II RegE 1972 hatte die sinngemäße Anwendung der maßgeblichen Vorschriften für den Fall bestimmt, daß ein Gesellschafter gestundete Forderungen Dritter gegen die Gesellschaft erwirbt[1]. Dies geschieht in der Praxis in erheblichem Umfang. Denn der Erwerb erfolgt häufig zu dem alleinigen Zweck, den Zeitpunkt der Geltendmachung der Forderung selbst bestimmen zu können. Durch § 49 II RegE 1972 wird aber die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft bei Fälligkeit der Forderungen vermieden, da der Gesellschafter im Interesse der anderen Gläubiger seine Darlehensforderungen erst nach Beseitigung der Konkursgefahr geltend machen darf. Erwirbt der Gesellschafter eine solche Forderung, hat er zu prüfen, ob nicht der ordentliche Kaufmann in diesem Zeitpunkt der Gesellschaft Eigenkapital zugeführt hätte. Ist diese Frage zu bejahen, besteht für den Erwerber das Risiko der Rechtsfolgen aus §§ 32 a und b[2].

cc) Forderungen, Sicherungen und Bürgschaften der mit der Gesellschaft oder den Gesellschaftern verbundenen Unternehmen

Zur Verhinderung von Umgehungsmöglichkeiten durch Konzerne bestimmte § 49 V RegE 1972[3], daß Forderungen und Sicherheiten eines mit einem Gesellschafter oder mit der Gesellschaft ver-

---

1) § 49 II RegE 1972 = BT Drucks. VI/3088, 15; § 32 a RegE 1977 = BT Drucks. 8/1347, 9; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 59; ders., GesRZ 1981, 199; Baumbach/Duden/Hopt, 537.
2) Kamprad, 2. Aufl., 41; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 59.
3) BT-Drucks. VI/3088, 15 = BT-Drucks. 8/1347, 10; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 59; Erlinghagen, Fs. Kaufmann, 151; Baumbach/Duden/Hopt, 537.

bundenen Unternehmens[1] bei der Frage der Behandlung als Eigenkapital mit den eigenen Forderungen, Sicherheiten und Bürgschaften eines Gesellschafters gleichzusetzen seien. Nach der hierfür angegebenen Begründung ensprächen diese Forderungen, Sicherheiten und Bürgschaften einer Darlehensgewährung nach § 32 a I oder II in wirtschaftlicher Hinsicht (§ 32 a III). Andernfalls könnten in Konzernen die Vorschriften der §§ 32 a und b dadurch umgangen werden, daß die Darlehen oder Sicherheiten nicht vom Gesellschafter der GmbH, sondern von einer anderen Konzerngesellschaft gewährt werden. Diese Normen würden dann für konzernangehörige Gesellschaften ihre Wirkung verlieren[2].

Allerdings sind im GmbH-Konzern schwierige Abgrenzungsprobleme zu lösen[3].

Für den Begriff des verbundenen Unternehmens wird man gemäß im RegE vorgesehenen Regelung innerhalb des § 32 a IIIdie §§ 15 bis 19 AktG[4] heranziehen können.[5]

---

1) im Sinne der §§ 15 bis 19 AktG, s. vor allem Zöllner, JuS 1968, 297ff.; ders. ZGR 1976, 1ff.; Würdinger, 288ff.; Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar, §§ 15ff.
2) vgl. Geßler, BB 1980, 1391; Schmidt, ZIP 1981, 694; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 60; Kamprad, 2. Aufl., 43; Fleck, 2. Aufl., 40; dagegen aber begrenzt, s. Erlinghagen, Fs. Kaufmann, 151.
3) vgl. W. Müller, WPg, 1980, 375.
4) dazu gehören Mehrheitsbeteiligungen (§ 16 AktG), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17 AktG), unter einheitlicher Leitung stehende Unternehmen (Konzerne, § 18 AktG) sowie wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19 AktG); vor allem Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar, §§ 15ff., 110ff.; Würdinger, 288ff.
5) BGHZ 81, 311.

So hat der BGH[1] entschieden: "Als kapitalersetzende Gesellschafterleistung können auch von einer Bank an die GmbH gegebene Kredite zu behandeln sein, wenn die Bank, um sie zu retten, eine 100%ige Tochtergesellschaft die Mehrheit der Geschäftsanteile erwerben läßt und alsdann ihre zunächst gekündigten Kredite bestehen läßt sowie weiteren Kredit einräumt".

Zutreffend führt Kamprad aus, daß wirtschaftlich die Rechtshandlungen von Treuhändern und Strohmännern den Treugebern bzw. den Hintermännern, für deren Rechnung sie handeln, zuzurechnen seien. Gewähren Dritte für Rechung eines Gesellschafters der Gesellschaft Darlehen, oder bringen für Darlehen Dritter Sicherheiten bei, gelten diese als Forderungen im Sinne des § 32 a I 1. Dies gelte auch für Kredite oder Sicherheiten, die für Rechnung eines mit der Gesellschaft oder dem Gesellschafter verbundenen Unternehmens gegeben würden. Es komme für die Anwendung der maßgeblichen Vorschriften nicht darauf an, ob zwischen Treuhänder oder Strohmann einerseits und dem Gesellschafter andererseits personenrechtliche Beziehungen bestehen oder ob er ein unbeteiligter Dritter sei[2].

dd) Forderungen und Sicherheiten von nahen Angehörigen des Gesellschafters

Nach § 49 VI RegE 1972[3] sollten die Vorschriften über Gesellschafterdarlehen sinngemäß auch für Forderungen und Sicherungen von Ehegatten sowie minderjährigen Kindern eines Gesellschafters gelten, "es sei denn, daß sie nicht

---

1) BGHZ 81, 311.
2) vgl. Kamprad, 2. Aufl., 45.
3) BT-Drucks. VI/3088, 15; RegE 1977 = BT-Drucks. 8/1347, 10; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 59; Erlinghagen, Fs. Kaufmann, 149f.

aus Mitteln des Gesellschafters erworben oder bestellt worden sind". Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt vor allem in der Umkehrung der Beweislast zum Nachteil des Ehegatten und der minderjährigen Kinder des Gesellschafters[1].

§ 32 a I findet in der geltenden Fassung des GmbH-Rechts auf diesen Personenkreis über den allgemeinen Umgehungstatbestand (§ 32 a III) nur Anwendung, "wenn Ehegatten oder minderjährige Kinder als Treuhänder oder Strohmänner vorgeschoben werden, Darlehen oder Sicherheiten der Gesellschaft also für Rechnung des Gesellschafters geben"[2]. Hierbei gelten die allgemeinen Regeln für die Beweislast, wonach diese dem Ehegatten oder den minderjährigen Kindern des Gesellschafters aufgebürdet ist, wodurch sie schlechter gestellt werden als andere Treugeber oder Hintermänner[3].

Nach der Auffassung des BGH[4] sind der Ehegatte und die minderjährigen Kinder des Gesellschafters insoweit nicht mit verbundenen Unternehmen zu vergleichen, weil das BVerfG[5] eindeutig festgestellt hat, daß "im Verhältnis der Ehegatten untereinander vermögensrechtliche Dispositionen nicht grundsätzlich anders behandelt werden können als vergleichbare Verfügungen nicht miteinander verheirateter Personen".

---

1) im Zusammenhang mit dem Verfassungsrecht s. Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt, Stellungnahme zur GmbH-Reform, Änderungsvorschläge zu §§ 49 und 50, Ziff. 5; aber dagegen Erlinghagen, Fs. Kaufmann, 149; vgl. BFerfG NJW 1968, 1771 und BVerfG, GmbH-Rdsch. 1969, 210.

2) Erlinghagen, Fs. Kaufmann, 149; Kamprad, 2. Aufl., 44; ebenso Geßler, BB 1980, 1391; ders. ZIP 1981, 235; Lutter, BB 1980, 1321; K. Schmidt, ZIP 1981, 694.

3) § 49 II RegE 1972, Kamprad, 2. Aufl.; 44; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 60 Fn. 17.

4) BGH WM 1980, 709, 712.

5) BVerfG GmbH-Rdsch. 1969, 210.

Ehegatten und minderjährige Kinder haben als rechtlich und wirtschaftlich selbständige Rechtsträger und damit getrennte Rechtssubjekte auch getrennte Vermögenssphären. Die Gleichstellung der Ehegatten oder der Eltern mit minderjährigen Kindern zur Verhinderung von Umgehungsmöglichkeiten würde die Grenzen des Verfassungsrechts überschreiten, weil die Ehe im deutschen Recht über die Unterhaltsgemeinschaft hinaus keine enge Wirtschaftsgemeinschaft begründet[1].

Aber hier geht es um die Vermeidung des Umgehungstatbestands des § 32 a III. Man kann auch nicht leugnen, daß die Darlehensgewährung an die GmbH durch den Ehegatten eines Gesellschafters häufig auf der besonderen ehelichen Beziehung beruhen wird. Die Rechtfertigung dieser Erwägung unter § 32 a III könnte nur dann herangezogen werden, wenn das Verhältnis zwischen Ehegatten wirtschaftlich unselbständig wäre[2].

ee) Beteiligung als stiller Gesellschafter

§ 32 a VII RegE 1977[3] stellt dem Gesellschafterdarlehen die Beteiligung eines Gesellschafters der GmbH als stiller Gesellschafter gleich, da es sich wirtschaftlich um eine Darlehensgewährung handele. Eine Forderung auf Rückzahlung seiner geleisteten Vermögenseinlage würde dem stillen Ge-

---

1) vgl. BVerfGE 13, 290, 208; 15, 328, 331f.; Erlinghagen, Fs. Kaufmann, 150; BVerfG GmbH-Rdsch. 1969, 210; Kamprad, 2. Aufl., 44.

2) Fleck meintaber im Zusammenhang mit der Darlehenszahlung, "die Rückgewährpflicht aus § 31 treffe diese mindestens bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Auszahlungsverbots". (2. Aufl. 40); vgl. auch Fischer, in: Pro GmbH, 151; Canaris, Fs. Fischer, 38, 54ff.

3) BT-Drucks. 8/1347 mit Begr. 40; s. auch Baumbach/Duden/Hopt, 537; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 49; W. Müller, WPg 1980, 357; Fleck, 2. Aufl., 48; Ulmer, GesRZ 1981, 199.

sellschafter "nach § 341 I HGB insoweit zustehen, als seine Einlage den Betrag des auf ihn entfallenden Verlustanteiles übersteigt"[1].

Aufgrund der Gleichstellung muß sich der Gesellschafter einer GmbH vor seiner zusätzlichen stillen Beteiligung an seiner Gesellschaft also wie in den Fällen der Darlehensgewährung fragen, ob sein Verhalten dem eines ordentlichen Kaufmanns entspricht oder ob dieser der Gesellschaft Eigenkapital zugeführt hätte. Damit trifft ihn das Risiko der Rechtsfolgen der §§ 32 a und b[2].

ff) Abtretung von Forderungen an Dritte

Der Eintritt der Rechtsfolgen der §§ 32 a und b läßt sich nicht dadurch verhindern, daß der Gesellschafter seine Darlehensforderung oder seine stille Beteiligung an einen Dritten überträgt[3]. Beim Erwerb der Forderung durch den neuen Gläubiger ist diese bereits mit dem Risiko behaftet, daß die Folgen der §§ 32 a und b sich realisieren werden. Eine ausdrückliche Regelung wie im RegE 1977[4] wäre daher überflüssig. Der Erwerber muß also prüfen, "ob die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Bestimmung bereits bei der Begründung der Forderung gegeben waren"[5].

---

1) Kamprad, 2. Aufl., 42
2) Bis zum RefE 1972 ist dieser Tatbestand noch nicht im Entwurf eingefügt worden (vgl. BT-Drucks. VI/3088, 15), vgl. hierzu die eindringliche Forderung von K. Schmidt, ZHR 140, 488ff.; ders. ZIP 1981, 699f.; s. auch Immenga, BB 1977, 959; Kamprad 2. Aufl., 42; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 59.
3) K. Schmidt, ZIP 1981, 694f.; Kamprad, 2. Aufl., 42f.; vgl. auch BGHZ 81, 365; Fleck, 2. Aufl., 41.
4) BT-Drucks. 8/1347, 9f.
5) Kamprad, 2. Aufl., 43.

Dies wird im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten verursachen. Auch bei Vorlage von Bilanzen wird der Erwerber sich nicht immer die nötigen Kenntnisse verschaffen können, weil für die Anwendung des § 32 a allein die finanzielle Lage im Zeitpunkt der Darlehensgewährung entscheidend ist. Gerade für diesen Zeitpunkt wird es aber häufig an einer Bilanz oder einem Finanzstatus der Gesellschaft fehlen. Richtig weist Kamprad darauf hin, daß der Erwerb von Gesellschafterdarlehen, von stillen Beteiligungen oder von anderen gegen die Gesellschaft gerichteten Forderungen eines GmbH-Gesellschafters daher in Zukunft regelmäßig mit einem Risiko verbunden sein werde . Im Gegenzug werde der Erwerber bestrebt sein, für dieses Risiko Sicherheiten Gesellschafter zu erhalten. Die Fungibilität derartigen Forderungen werde also durch die Regelungen der §§ 32 a und b erheblich eingeschränkt[1].

gg) Ausscheiden des Gesellschafters

Scheidet der Gesellschafter aus dem GmbH unter Veräußerung seines Geschäftsanteils aus, ohne daß ihm zugleich sein Darlehen zurückgewährt wird, und tritt danach die Krise ein, so sind die §§ 32 a und b auf diese Darlehen anzuwenden[2].

Darüberhinaus hat der BGH[3] in jüngster Zeit entschieden, daß die §§ 30, 31[4] auf eine Bürgschaft eines ausgeschiedenen Gesellschafters zu dessen Lasten anzuwenden sind, wenn der Tatbestand, aus dem sich der Rückgriffsanspruch des Bürgen gegen die Gesellschaft ergibt, noch im Zusammenhang mit einer Gesellschafterstellung des Bürgen begründet worden ist.

---

1) vgl. Kamprad, 2. Aufl., 43.
2) a. A.: Kamprad, 2. Aufl., 45.
3) BGHZ 81, 252.
4) wegen des Art. 12 § 3 GmbH-Novelle

hh) Die Nutzungsüberlassung von Anlagegegenständen an die GmbH

Nutzungsüberlassung von Anlagevermögen an die GmbH[1] kann nach geltendem Recht nicht generell als von der Generalklausel des § 32 a III erfaßt angesehen werden[2]. Ulmer[3] verneint "die wirtschaftliche Vergleichbarkeit mit einer Darlehensgewährung". Einmal könnten "die zur Nutzung überlassenen Gegenstände von der GmbH nicht beliebig, sondern nur entsprechend ihrem jeweiligen Verwendungszweck eingesetzt werden". Außerdem sei hier "die für Gesellschafterdarlehen kennzeichnende Doppelstellung des Leistenden als Gläubiger und interessierter Gesellschafter im Regelfall nicht gegeben". Denn solange die Zahlung des laufenden Nutzungsentgelts gesichert scheint und doch keine Gefahr besteht, daß bei vorzeitiger Beendigung der Nutzungsüberlassung wesentliche Wertminderung sich ergeben, wird zur Überlassung meist auch ein Dritter bereit sein. Im Konkurs der GmbH verbleibt ihm als Sicherheit immerhin noch das Aussonderungsrecht[4].

Anderes gilt dann, wenn im Einzelfall besondere Gründe, z.B. eine Rechtsscheinhaftung wegen Vermögensvermischung oder Gläubigerschädigung, einer Aussonderung im Konkurs entgegenstehen[5]. Allerdings bleiben Zweifelsfragen und Sach-

---

1) s. insb. W. Müller, WPg 1980, 1391; Matschke, DBW 1981, 252 Anm. 57; erweiternd auf alle Fälle der Verpachtung oder Vermietung von Gegenständen an die GmbH durch einen Gesellschafter. s. Immenga, BB 1977, 960; ebenso Kreuzer, DB 1978, 827; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 49ff.; Timm, GmbH-Rdsch. 1980, 292.
2) vgl. K. Schmidt, ZIP 1981, 693; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 95; ders., in: Das neue GmbH-Recht, 59; Geßler, BB 1980, 1391; Beinert/Hinnerkes/Binz, GmbH-Rdsch. 1981, 12; für Mithaftung der zum Gebrauch überlassenen Sachen auch G. Winter, 179f.; a.A.: Schwark, ZHR 147, 96.
3) vgl. Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht; auch K. Schmidt, ZIP 1981, 693.
4) vgl. Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht; 59; K. Schmidt, ZIP 1981, 693.
5) vgl. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 28, 33.

verhalte, die eine Ausnahme erforderlich machen. So z.B. wenn ein Gesellschafter Gegenstände des Anlagevermögens gegen Barzahlung erwirbt und sie der Gesellschaft zum Gebrauch überläßt, anstatt ein Darlehen zu geben und dieses durch Sicherungsübereignung der erworbenen Gegenstände zu sichern[1].

d) Subjektive Voraussetzungen

Hierbei taucht die Frage auf, ob die Anwendung des § 32 a in subjektiver Hinsicht voraussetzt, daß der Gesellschafter den eigenkapitalersetzenden Charakter der Darlehenszuführung erkennen konnte und mußte. Für § 32 a ist dies grundsätzlich zu verneinen[2]. "Beim Rangrücktritt solcher Darlehen oder bei der Rückforderung zurückgezahlter Beträge aufgrund einer Konkurs- oder Gläubigeranfechtung handele es sich nicht etwa um eine Art Schadensersatzhaftung, sondern allein darum, den Gesellschaftsgläubigern die ihnen im Verhältnis zu den Gesellschaftern zukommende Vorzugsstellung zu sichern"[3]. Die Darlehensgeber können daher nicht geltend machen, sie hätten die Finanzlage der GmbH nicht gekannt. Für sie als Gesellschafter besteht andererseits jedoch die Möglichkeit bei den Geschäftsführen Auskünfte über die Risiken einer Darlehensgewährung einzuholen. Sie könnten zu diesem Zweck von dem ihnen nach §§ 51 a und b eingeräumten, grundsätz-

---

1) K. Schmidt, ZIP 1981, 693.
2) BGHZ 31, 258; 67, 171; 75, 334; vor allem auch Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 64ff.; ders. in: Hachenburg Rdn. 86.
3) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 84.

lich umfassenden Auskunfts- und Einsichtsrecht[1] Gebrauch machen. Über dies können nach den §§ 51 a und b[2] die Geschäftsführer, die die Gesellschafter über die Risiken einer Darlehensgewährung nicht hinreichend oder unzutreffend informiert haben, von letzteren auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

Schwierigkeiten bei der Frage nach subjektiven Momenten für die Qualifizierung von Darlehen als Eigenkapitalersatz können bei § 32 a II allerdings auftauchen, wenn der GmbH eine Kreditlinie unter Verbürgerung durch einen Gesellschafter eingeräumt wird. Hier handelt es sich nämlich darum, ob im Falle einer Routinebürgschaft bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 32 a II aufgrund der soliden Kapitalausstattung der GmbH die genannte Vorschrift dennoch eingreift, wenn das Kreditinstitut später das Darlehen bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der GmbH etwa deshalb nicht kündigt, weil es mit der Gesellschafterbürgschaft rechnet. Ein subjektiver Ansatz überzeugt nach der Meinung von Ulmer auch hier nicht[3]. Vielmehr sei das Eingreifen des § 32 a II in derartigen Fällen nur dann zu bejahen, wenn die Kreditfähigkeit der GmbH objektiv entfiele, und das Kreditinstitut die Kreditlinie ungeachtet dieses Umstands aufrecht erhält. Kündigung dagegen im Vertrauen auf die Gesellschafterbürgschaft unterlassen werde oder deswegen, weil der Darlehensgeber die Bonität der Kredite nicht regelmäßig überprüft, sollte "für das Eingreifen der Gläubigerschutzvorschrift des § 32 a keinen Unterschied machen"[4].

---

1) vor allem K. Schmidt, in: Das neue GmbH-Recht, 87ff.
2) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 64; vgl. näher Mertens, in: Hachenburg, Rdn. 103ff; vgl. vor allem Schmidt, in: Das neue GmbH-Recht, 87ff.
3) dazu auch Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 65.
4) ibid., 66.

e) Beweislast

Die Beweislast für die Kapitalersatzfunktion des Darlehens trägt nach der allgemeinen Verteilungsregel derjenige, der sich hierauf beruft. Dies ist im Konkurs der GmbH dem Konkursverwalter, im Falle der Gläubigeranfechtung einer Rückzahlung nach dem AnfG der Anfechtende. Die Beweisführung wird im allgemeinen nicht schwierig sein, "wenn das Darlehen entweder der Anwendung einer akuten Krise oder des Konkurses der GmbH diente, oder wenn bereits das notwendige Startkapital im Folge des zu geringen Stammkapitals nur durch Gewährung von Gesellschafterdarlehen bereitgestellt werden konnte, oder schließlich wenn Fremdgläubiger zur Kreditbeschaffung nachweisbar nur gegen Gewährung entsprechender persönlicher Sicherheiten von Gesellschaftern bereit waren"[1]. Der rechtspolitische Vorschlag, einen das Gesellschafterdarlehen begleitenden Finanzplan zu verlangen, dem Gesellschafter also eine Dokumentationslust aufzubürden[2], hat keine Resonanz gefunden[3]. In den sonstigen Fällen wird man untersuchen müssen, "wie es zur Gewährung oder Belassung des Gesellschafterdarlehens kam". So ist von Bedeutung, von wem die Initiative hierzu ausging, ob "von den kreditsuchenden Geschäftsführern oder vom anlagewilligen Gesellschafter". Auch ist entscheidend, ob dem Gesellschafter im Innenverhältnis besondere Vorteile für das Darlehen zugesagt würden bzw. ob von allen Gesellschaftern aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses entsprechende Darlehen mit Rücksicht auf den Finanzbedarf der GmbH gewährt würden. Weiterhin ist es als Indiz für das Vorliegen kapitalersetzender Darlehen

---

1) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 63; K. Schmidt, ZIP 1981, 695.
2) vgl. Rexrodt, 116ff.
3) vgl. K. Schmidt, ZIP 1981, 695.

zu werten, wenn der GmbH-Vertrag zur Selbstfinanzierung der GmbH die Verpflichtung aller Gesellschafter vorsieht, einen Teil ihrer Gewinne als Darlehen der Gesellschaft zu belassen[1]. Berücksichtigt man die Beweisschwierigkeiten, die für den Konkursverwalter bei Klagen nach § 32 a KO entstehen können, so kann es aus prozeßtaktischen Gründen empfehlenswert sein, die Klage auf Rückzahlung in die Masse auch auf die analoge Anwendung des § 342 HGB zu stützen[2].

2. Rechtsfolgen

Für die Rechtsfolgen kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen ist entsprechend §§ 32 a und b danach zu unterscheiden, ob es sich um Darlehen handelt, die der Gesellschafter selbst bzw. ein Dritter mit Mitteln des Gesellschafters gewährt hat, oder ob der Gesellschafter sich darauf beschränkt hat, dritten Kreditgebern Sicherheiten zu stellen[3].

a) Darlehen eines Gesellschafters

§ 32 a ordnet bei kapitalersetzenden Darlehen eines Gesellschafters (§ 32 a I) oder bei anderen Rechtshandlungen eines Gesellschafters, die denen nach § 32 a I, II wirtschaftlich entsprechen (§ 32 a III), den Rangrücktritt des Rückgewähranspruchs im Konkurs über das Vermögen der GmbH oder im Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses an, setzt also voraus, daß das Darlehen nicht schon vorher zurückgezahlt wurde[4]. Diese Rechtsfolge gilt für das gesamte Darlehen;

---

1) vgl. Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 63.
2) vgl. dazu näher infra, 78f.; K. Schmidt, ZIP 1981, 697, 695.
3) vgl. Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 65.
4) § 32 a I 3 RefE 1972; § 32 a I 3 RegE 1977; K. Schmidt, ZIP 1981, 695; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 65; Roth, GmbHG, § 32 a Anm. 3.1.

die Möglichkeit einer Aufspaltung in einen "kapitalersetzenden" und in einen "echten" Darlehensbetrag besteht nicht[1]. Die Frage, ob der Gesellschafter also evtl. noch mit einem Teil seiner Forderung am Konkurs als Gläubiger teilnehmen könne, d.h. ob das Darlehen im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern einer Einlage gleichgestellt werden kann, ist zu verneinen[2]. Wegen der Qualifizierungsschwierigkeiten von Gesellschafterdarlehen in der zur Feststellung der Konkursreife aufzustellenden "Überschuldungsbilanz" sah der RegE[3] ausdrücklich vor, daß dieses Gesellschafterdarlehen bilanzmäßig als Passivposten zu erfassen ist. Die Streichung dieser Passage der GmbH-Novelle[4] führt jedoch zu keinem anderen Regelungsinhalt: Die auf der Beschlußvorlage des Rechtsausschusses beruhenden Kürzungen gegenüber dem RegE sollten zu keiner sachlichen Einschränkung des Gläubigerschutztes führen[5]. Wenn es nicht so wäre, könnten die Gesellschafter nach ihrem jeweiligen Interesse einmal das Darlehen als echte Verbindlichkeit der Gesellschaft, ein andermal als Eigenkapitalersatz benutzen[6]. Die Probleme bei der Qualifizierung von Gesellschafterdarlehen ließen sich dann zu Lasten des Gläubigerschutzes dazu nutzen, die Konkursanmeldung hinauszuschieben oder durch entsprechende Verzichtsvereinbarung den Passivposten aus der Überschuldungsbilanz herauszunehmen[7]. Ist freilich das betreffende Darlehen nach einem entsprechenden Hinweis der Geschäftsführung gerade zur Abwendung der Überschuldugng gewährt worden, so wird sich bei Auslegung der Darlehensvereinbarung einen stillschweigenden Verzicht auf die Rückforderung vor Beseitigung der Krise ergeben[7]. Eine

---

1) Scholz-Fischer, 133; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 67; a. A. Lutter, DB 1980, 1321; Gersch/Herget/Marsch /Stützle, 113.

2) BT-Drucks. 8/1347, 39; Roth, GmbHG, § 32 a Anm. 3.1.

3) BT-Drucks. 7/1437, 9.

4) BT-Drucks. 8/3908, 5.

5) BT-Drucks. 8/3908, 66f.; vgl. Gersch/Herget/Marsch /Stützle, 113; Ulmer, KTS 1981, 481.

6) vgl. Gersch/Herget/Marsch/Schützle, 113.

7) vgl. Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 68; ders. in: Hachenburg, Rdn. 78f.; Serick, ZIP 1980, 9ff.

Ausnahme von der Passivierungspflicht von Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus ist dann gegeben, wenn sich der Darlehensgeber der Gesellschaft gegenüber verpflichtet hat, seinen Anspruch im Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft oder im Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses nicht geltend zu machen (§ 32 a I 5 RegE 1977). Diese Grundsätze entsprechen bereits vor der Novelle geltendem Recht. Dabei ist es geblieben[1].

Der BGH[2] hat im Zusammenhang mit einer Sicherungsgewährung durch die Gesellschafter einen entsprechenden Fall entschieden. Es wurde die Frage gestellt, "ob ein Gesellschafter, der seiner Gesellschaft ein kapitalersetzendes Darlehen gewährt hat, den daraus resultierenden Rechtsfolgen (mangelnde Durchsetzbarkeit der Forderung im Konkurs- oder Vergleichsverfahren der Gesellschaft) dadurch entgehen kann, daß er sich im Zeitpunkt der Darlehensgewährung oder später entsprechende Sicherheiten einräumen läßt (Grundpfandrechte, Sicherungsübereignung, Forderungsabtretungen etc.), um auf diese im Konkursfall als Absonderungs- oder Aussonderungsgläubiger zugreifen zu können"[3]. Diese Frage ist im Ergebnis zu verneinen, wenn das Darlehen kapitalersetzend ist[4].

---

1) h. M. s. vor allem Ulmer, KTS 1981, 481; ders., in: Das neue GmbH-Recht, 67; K. Schmidt, ZIP 1981, 695; ders., NJW 1980, 1772; ders., in: Scholz , § 63 Rdn. 16; § 64 Rdn. 22; Kamprad, 2. Aufl., 35; Gersch/Herget/Marsch/Stützle, 113f.; Roth, GmbHG, 277.
2) BGHZ 75, 334 = ZIP 1980, 115 m. Anm. Klasmeyer
3) Beinert/Hennerkes/Binz, GmbH-Rdsch. 1981, 12; vgl. K. Schmidt, ZIP, 1981, 695.
4) K. Schmidt, ZIP 1981, 695; Beinert/Hennerkes/Binz, GmbH-Rdsch. 1981, 12; Baumbach/Duden/Hopt, 538.

Nach § 32 a I 2 soll ein Zwangsvergleich oder ein im Vergleichsverfahren geschlossener Vergleich für und gegen die Forderung des Gesellschafters wirken[1], so daß er entsprechend den übrigen Gesellschaftsgläubigern hierauf die Vergleichsquote erhält.

b) Darlehen Dritter

Liegen die Voraussetzungen des § 32 a II vor, muß der Dritte im Konkurs- oder Vergleichsverfahren zunächst den Gesellschafter als Bürgen oder die sonst von ihm gestellten Sicherheiten in Anspruch nehmen. Das bedeutet, daß er nicht freiwillig etwa nach § 64 KO oder § 27 VergO darauf verzichten kann[2]. Der Gesellschafter seinerseits kann nicht Regreß nehmen[3]. Nach § 32 a II ist die Darlehensforderung des Gläubigers gegen die GmbH in deren Konkurs- oder Vergleichsverfahren nicht etwa schlechthin undurchsetzbar; der Gläubiger kann seine Forderung allerdings nur in der Höhe zur Konkurs- oder Vergleichstabelle anmelden, in der er aus den ihm vom Gesellschafter eingeräumten Sicherungen einen Ausfall erleidet[4]. Der praktische Unterschied zur bisherigen Rechtslage

---

1) "Das bedeutet zwar insofern eine Durchbrechung des Absatzes 1 Satz 1, als bei einem solchen Vergleich die Forderung des Gesellschafters in gleicher Weise wie Forderungen anderer Gesellschaftsgläubiger berücksichtigt sind. Die Forderung des Gesellschafters aus der Darlehensgewährung muß jedoch in einen Zwangsvergleich oder einen im Vergleichsverfahren geschlossenen Vergleich einbezogen werden, da sonst der Rückforderungsanspruch des Gesellschafters in voller Höhe aufrechterhalten bliebe, der Gesellschafter auf diese Weise also besser gestellt wäre als die anderen Gesellschaftsgläubiger, deren Forderungen durch den Vergleich herabgesetzt werden." (BT-Drucks. 8/1347, 40; BR-Drucks. 404/77).
2) BT-Drucks. 8/1347, 40; vgl. auch Baumbach/Duden/Hopt, 536; Gersch/Herget/Marsch/Stützle, 115.
3) K. Schmidt, ZIP 1981, 695.
4) Scholz-Fischer, 133; Burkert, Die GmbH, 195; Baumbach/Duden/Hopt, 536; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 68; Kamprad, 2. Aufl., 38; K. Schmidt, ZIP 1981, 694.

liegt in folgendem. Bisher blieb dem Gläubiger die Chance, durch Verwertung der Sicherheit und Anmeldung der vollen Forderung zur Konkurs- oder Vergleichstabelle seine Forderung letztlich in voller Höhe durchzusetzen. Nach der GmbH-Novelle reduziert sich die Konkursforderung des Gläubigers von vornherein auf den Differenzbetrag hoffen kann[1]. Hier macht also nicht das Darlehen als solches, sondern nur die zusätzliche Sicherung den kapitalersetzenden Charakter aus[2].

---

1) vgl. Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 68; Gersch/Herget/Marsch/Stützle, 115.
2) vgl. K. Schmidt, ZIP 1981, 695.

3. Die Rückforderung von Tilgungsleistungen

a) § 32 b

Der Absatz 4 des § 32 a RegE[1] wurde durch die GmbH-Novelle übernommen und ergänzt § 32 a für bereits zurückgewährte Darlehen. Die weitergehende Fassung des § 32 a RegE wurde jedoch gestrichen und ihr einzelne Regelungsinhalte in die KO und AnfG[2] übernommen. Der jetzige § 32 b wurde als Generalklausel formuliert, im Gegensatz hierzu war der RegE[3] noch kasuistisch abgefaßt[4].

§ 32 b hat die Fallgestaltung zum Gegenstand, daß ein Darlehensgeber durch eine vorzeitige Kündigung des Darlehens oder durch Inanspruchnahme von Sicherheiten versucht, sich von Risiken eines Gesellschafters freizuhalten. Dem begegnen die Änderungen der Vergleichsordnung (§§ 109, 109), der Konkursordnung (§ 32 a) sowie des Gläubigeranfechtungsgesetzes (§ 3 b). Während die Änderungen der zuletzt genannten Gesetze dem Gläubigerschutz dienen, bezweckt § 32 b unmittelbar den Schutz des Gesellschaftsvermögens: Unter bestimmten Voraussetzungen erhält die Gesellschaft einen Anspruch auf Ersatz ausgezahlter Beträge bzw. die Befriedigungsmöglichkeiten aus Sicherungen, die der Gesellschafter einem Darlehehensgeber eingeräumt hat[5].

Notwendig ist ein Darlehen durch einen Dritten zu einem Zeitpunkt der Unterkapitalisierung, indem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten, das durch einen Gesellschafter im Sinne des § 32 a II gesichert wird bzw. ein auf dieser wirtschaftlichen Linie liegender Vorgang im Sinne des § 32 a III. Zahlt die Gesellschaft das Darlehen zurück oder befriedigt sie den Dritten hinsichtlich seiner erbrachten Leistung innerhalb eines

---

1) BT-Drucks. 8/1347, 9f. und 38ff.

2) KO § 32 a; AnfG § 3 b, vgl. Rechtsausschuß BT-Drucks. 8/3908, 74.

3) z.B.: § 32 b IV. RegE 1977 (BT-Drucks. 8/1347, 10).

4) Stundung, stiller Gesellschafter, Bürge.

5) Baumbach/Duden/Hopt, 537; Bartl/Henkes,) 32 b, Rdn. 354; Kamprad, 2.Aufl., 39; K. Schmidt, ZIP 1981, 696; Deutler, GmbH-Rdsch. 1980, 150; Geßler, ZIP 1981, 234; Hilber, § 32 b.

Jahres vor Konkurseröffnung, so muß der Gesellschafter die gezahlten Beträge zurückerstatten. An sich wäre der Gesellschafter infolge der Befriedigung des Dritten durch die Gesellschaft von seinen Verpflichtungen als Sicherheitsgeber frei, die Sicherung wäre hinfällig und Sicherheiten wären an den Gesellschafter zurückzugeben. Eine andere Möglichkeit, das Vermögen der Gesellschaft zu schützen, wäre die Inanspruchnahme des Dritten statt des Gesellschafters. Die Auseinandersetzung wird jedoch durch das Gesetz dorthin verlagert, wo sie ausgelöst worden ist, nämlich in das Gesellschaft-Gesellschafter-Verhältnis[1].

Für eine Anfechtung gegenüber dem Drittgläubiger nach der KO oder dem AnfG[2] liegen meist schon die Voraussetzungen nicht vor, weil der Drittgläubiger Befriedigung für eine grundsätzlich durchsetzbare Darlehensforderung erhalten hat[3]. Auch was die Anfechtung gegenüber dem sicherungsgebenden Gesellschafter betrifft, gilt nicht anderes: Sie scheitert daran, daß die Befreiung von der Bürgerverbindlichkeit bzw. das Freiwerden dinglicher Sicherheiten als Folge der Tilgung der Hauptschuld nicht selbst ange-

---

1) Rechtsausschuß BT-Drucks. 8/3908, 41; vgl. Bartl/Henkes, § 32 b, Rdn. 355.
2) Vgl. dazu nach bisherigem Recht näher Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 90, 97; für entsprechende Anwendung des Anfechtungstatbestandes des § 342 HGB Sonnenberger, NJW 1969, 2036f. und Steindorf, ZHR 132 (1969), 281. Generell für analoge Anwendung von § 342 HGB bei längerfristiger Fremdfinanzierung des Unternehmens unabhängig von der Gesellschaftereigenschaft des Darlehensgeber, K. Schmidt, ZHR 140 (1976), 489 f. und NJW 1980, 1772; aber a. A.: s. ders., in: Das neue GmbH-Recht, 81.
3) vgl. Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 68.

fochten werden können[1]. Daher gewährt § 32 b in diesen Fällen dem Konkursverwalter einen Anspruch gegen den sicherungsgebenden Gesellschafter, der sich auf Zahlung eines der Höhe der Bürgschaftsschuld oder dem Wert der gewährten Sicherungen entsprechenden Betrages an die Konkursmasse richtet. Der Gesellschafter ist freilich befugt, sich durch Überlassung der Sicherungsgegenstände an die Konkursmasse von der Zahlungsverpflichtung zu befreien (§ 32 b 3).

Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung des Anspruchs ist der der Rückzahlung des Darlehens durch die Gesellschaft. Der Rückerstattungsanspruch tritt nun an die Stelle der Bürgschaftsschuld (§ 32 a II), wobei jedoch die Einreden der Gesellschaft nun von Gesellschafter geltend gemacht werden können. Ein Einredeverzicht der Gesellschaft hat gegenüber dem Gesellschafter keine Wirkung (§ 768 II BGB)[2].

Der RegE[3] hatte ebenfalls "eine Aufrechnung mit dem Anspruch auf Darlehensrückzahlung gegen die Verbindlichkeiten, die der Gesellschafter der GmbH schuldete, ausdrücklich ausgeschlossen (§ 32 a I 3 RegE 1977) bzw. der Anfechtung unterworfen (§ 32 b)". Dieser Ausschluß der Aufrechnung gilt auch grundsätzlich nach der GmbH-Novelle, da eine solche Aufrechnungsmöglichkeit es dem Gesellschafter entgegen Sinn und Zweck der Regelung erlauben würde, sich wegen seiner Forderung doch zu Lasten der anderen Gläubiger zu befriedigen[4].

---

1) BGH GmbH-Rdsch. 1974, 7.
2) vgl. Bartl/Henkes, § 32 b, Rdn. 356.
3) § 32 a II 3 RegE 1977 (BG-Drucks. 8/1347, 9).
4) Roth, GmbHG, § 32 a Anm. 3.4.2.; vgl. Gersch/Herget/Marsch/Stützle, 109.

Entsprechende Grundsätze gelten, wenn die Gesellschaft Forderungen begleicht, für die durch den Gesellschafter Sicherungen bestellt sind. Die Rückzahlung wird hier durch die Übertragung der Sicherheit durch den Gesellschafter an die Gesellschaft ersetzt. Auch in diesem Fall sollte der Gesellschafter nach Befriedigung des Dritten das Risiko der Inanspruchnahme sowie das Risiko des Verlustes des Sicherungsgegenstandes tragen. Als Konsequenz der vom Gesellschafter veranlaßten kapitalersetzenden Maßnahme muß freilich der Sicherungsgegenstand an die Gesellschaft übertragen werden. Der Dritte dürfte nicht mehr verlangen[1].

Der Rückerstattungsanspruch bzw. die Überstellung der Sicherung setzt voraus, daß die Rückzahlung des Darlehens im letzten Jahr vor Konkurseröffnung erfolgte. Es ist daher vom Tag der Konkurseröffnung ein Jahr zurückzurechnen und festzustellen, ob Rückzahlungen auf von dem Gesellschafter gesicherte Darlehen[2] erfolgt sind. Gegebenenfalls besteht der Anspruch der Gesellschaft im dargelegten Sinne[3].

---

1) vgl. Baumbach/Duden/Hopt, 537; Gersch/Herget/Marsch/Stützle, 117; Bartl/Henkes, § 32 b, Rdn. 356.
2) unter Beachtung von § 32 a II, III.
3) im einzelnen hierzu auch Kreuzer, ZIP 1980, 602; Bartl/Henkes, § 32 b, Rdn. 358.

b) §§ 30, 31

§§ 30, 31 enthalten keine Aussage über die gebotene Art und Weise der Finanzierung der GmbH. Sie bezwecken nur das Stammkapital zu erhalten[1]. Nach Rechtsprechung[2] und Schrifttum[3] sind §§ 30, 31 auf solche Darlehen anwendbar, die eine unterkapitalisierte GmbH von ihren Gesellschaftern zur Abwendung des Konkurses erhält. Begründet wird dies damit, daß ohne das gewährte Darlehen die Gesellschaft nicht hätte fortgeführt werden können, sondern Konkursantrag nach § 64 I hätte gestellt werden müssen. Zur Abwendung dieser Konkursantragspflicht war zuerst notwendig, das Darlehen nicht wie eine Gesellschaftsschuld, sondern wie haftendes Kapital zu behandeln, da sich sonst an der Zahlungsfähigkeit oder jedenfalls an der Überschuldung nichts geändert hätte. Dieser Konkursabwendungszweck der Darlehensgewährung und die wirtschaftliche Struktur des Unternehmens stehen einer Rückforderung des Darlehens bzw. der Entgegennahme der Rückzahlung durch den Geldgeber entgegen. §§ 30, 31 finden daher solange Anwendung, bis der Sanierungszweck nachhaltig erreicht ist[4]. Zusammenfassend ist festzuhalten, daß der BGH bei Unterkapitalisierung der GmbH solche Finanzmittel als Eigenkapital behandelt, die der GmbH als Darlehen gewährt wurden, in Wirklichkeit aber Eigenkapital ersetzen sollten. Führen die

---

1) Reinhardt/Schulz, Rdn. 769; Geßler ZIP 1981, 231; ders., BB 1980, 1391; Kamprad, 2. Aufl., 47.
2) BGHZ 31, 258, 271; 67, 171, 174; 68, 312, 319; 76, 326; 81, 252; 81, 365; BGH BB 1972, 111; LG Oldenburg ZIP 1980, 47; § 32 a RegE 1977 (BR-Drucks. 404/77) schließt dagegen nur die Geltendmachung der Rückzahlungsforderung in Konkurs oder Vergleich aus.
3) Hopt/Hehl, JA 1979, 122; ders. Gesellschaftsrecht, 239; Kamprad, GmbH-Rdsch. 1975, 56; ders., 2. Aufl., 47; Pleyer, GmbH-Rdsch. 1960, 44; ders., GmbH-Rdsch. 1963, 205ff.; Wüst, 15ff.; Fleck, 2. Aufl., 36; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 82; Geßler, in: Das neue GmbH-Recht, 77; ders., ZIP 1981, 232, 234; Fischer, § 32 a R 1; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 275; K. Schmidt, ZGR 1980, 575f.; ders., ZIP 1981, 696; Beinert/Hennekes/Binz, GmbH-Rdsch. 1981, 10f.
4) BGHZ 31, 258, 271; vgl. Hopt/Hehl, JA 1979, 122; ders., Gesellschafterrecht, 239.

Gesellschafter dagegen kein neues Kapital zu sondern lassen die unterkapitalisierte GmbH sich auflösen, so sieht der BGH die Haftung der Gesellschafter nach den §§ 30, 31 als nicht gegeben an[1]. In diesem Zusammenhang betrifft ein gesetzlich nicht geregeltes Problem die Frage, ob auch der GmbH unabhängig von Anfechtungsrechten, Erstattungsansprüche nach §§ 30, 31 zustehen, wenn kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen zurückgezahlt oder verzinst werden. Die Vorschriften der §§ 30, 31 erfassen alle Arten von Leistungen der GmbH an die Gesellschafter, die kein echtes Entgelt für eine der GmbH gewährte Gegenleistung sind und mithin dazu führen, daß das Aktivvermögen der GmbH, berechnet nach Buchwerten, nach Abzug der Verbindlichkeiten entweder unter den Betrag des Stammkapitals absinkt oder daß eine bereits vorhandene Unterbilanz weiter vergrößert wird[2]. Die Vorschriften wurden durch die neuen Anfechtungstatbestände nicht etwa in ihrem Anwendungsbereich eingeschränkt oder gar für Gesellschafterdarlehen unanwendbar[3]. Allerdings finden sie nur auf diejenigen Zahlungen an Gesellschafter Anwendung, die das satzungsmäßig festgesetzte Stammkapital angreifen[4]. Dem Streit um die Berücksichtigung der Gesellschafterdarlehen bei der für §§ 30, 31 maßgebenden Kapitalziffer dürfte jedoch kein allzu große Bedeutung zukommen. Im Falle von Darlehensrückzahlungen, mit denen Gesellschafter versuchen, ihre eigenen Interessen möglichst noch vor dem Eintritt des Konkurses durchzusetzen, hat sich mämlich in aller Regel auch bereits die finanzielle Lage der GmbH so

---

1) Wiedemann, in: Haftungsbeschränkung, 26; Hopt/Hehl, JA 1979, 122.

2) vgl. Goerdeler/Müller, in: Hachenburg, § 30 Rdn. 20f. m.w.N; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 66.

3) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 66; so wohl auch Geßler, BB 1980, 1385, 1391.

4) BGH NJW 1980, 1524, 1526 = GmbH-Rdsch. 1980, 178ff; a. A. s. Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 42; Goerdeler/Müller, in: Hachenburg, § 30 Rdn. 33; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 73, 89.

verschlechtert, daß - selbst wenn man auf das Nominalkapital abstellte - die Rückzahlung ohnehin die Folgen der §§ 30, 31 auslöst. Allerdings besteht hier ein schwieriges Bewertungsproblem. Im Zusammenhang mit der für § 30 maßgebenden Bilanz und den hierfür erforderlichen Wertansätzen nennt man „die Prinzipien des going concern und der Bewertung nach Liquidationswerten"[1]. Dieses Problem stellt sich in ähnlicher Weise bei der Prüfung des Konkursgrundes der Überschuldung nach § 64 und hat in diesem Zusammenhang eindeutige Lösungsansätze noch nicht gefunden[2].

Es wurde darauf hingewiesen,"daß trotz der verbreiteten Unsicherheit über die Wertmaßstäbe zur Ermittlung der überschuldung und trotz der gegenwärtig geringen praktischen Bedeutung dieses Konkursgrundes seine Abschaffung nicht geboten erscheine. Die Konkursantragspflicht bei Überschuldung sollte vielmehr angesichts ihres rechtsethischen Gehalts und ihrer Funktion, die Gläubiger vor spekulativen Geschäften der Gesellschafter ohne Eigenkapitaleinsatz zu bewahren, durch klare Auslegungsmaßstäbe einerseits und andererseits durch volle Ausschöpfung der Haftung im Falle der Pflichtverletzung effektiviert werden. Dem entspricht die Forderung, die Überschuldungsbilanz nach Liquidationswerten aufstellt. Ist danach Überschuldung gegeben, sieht man in dem Fall den Konkursgrund als nicht gegeben an, wenn die Gesellschaft in absehbarer Zeit ihren Schulden zum jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt tilgen kann"[3].

---

1) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 67; vgl. dazu etwa Uhlenbruck, Die GmbH & Co KG in Krise, Kommentar, § 63 Rdn. 8ff., 12
2) s. auch Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 67 Anm. 35; vgl. Goerdeler/Müller, in: Hachenburg, § 30, 14; K. Schmidt, in: Scholz Kommentar, § 63 Rdn. 14ff.
3) Ulmer, KTS 1981, 491f.

Es wird die Auffassung vertreten, die alten und die neuen Regeln über kapitalersetzende Darlehen seien schon im Hinblick auf die völlig verschiedenen Voraussetzungen nebeneinander anzuwenden. So seien bei der kreditunfähigen GmbH die Gesellschafrsdarlehen nach hergebrachten Grundsätzen durch § 31 geschützt, wohingegen für Gesellschaftsdarlehen, die mit der Sorgfalt ordentlicher Kaufleute unvereinbar seien, das neue Rechte, also auch § 32 a KO Geltung habe[1]. Nach dieser Auffassung vollzieht sich also der Schutz der Gläubiger gegen kapitalersetzende Gesellschaftsdarlehen auf zwei verschiedenen Ebenen. Diese Meinung ist jedoch als mit dem Willen des Gesetzgebers unvereinbar abzulehnen. Die Rechtsprechung sollte durch die Novelle eine gesetzliche Grundlage erhalten und es sollten bestehende Zweifelsfragen ausgeräumt werden[2]. Es sollte ein einheitlicher, nicht ein zweispuriger Schutz gegen die Darlehensfinanzierung geschaffen werden. Wenn zukünftig in der Praxis gleichwohl § 31 dominieren wird, so läßt dies eher den Schluß auf die Aualität der Gesetzgebungsarbeit als auf die dogmatische Konzeption zu. Als Spezialgesetze haben die neuen Anfechtungsregelungen in Wirklichkeit keine Anwendung mehr zu finden[3]. Das Problem dürfte sich allerdings dadurch lösen, daß die Praxis weiterhin an der Anwendbarkeit des § 31 festhält, wenn dies auch der Intention des Gesetzgebers widerspricht. Die Jahresfrist sollte Rechtssicherheit schaffen: "Ist die Befriedigung oder die Aufrechnung früher als ein Jahr vor der Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt, so kann davon ausgegangen werden, daß dies nicht mehr im Hinblick auf ein drohendes Konkursverfahren geschehen ist"[4].

---

1) Zum Vergleich zwischen § 32 a KO und § 31 s. K. Schmidt, 1981, 696f.; Geßler, BB 1980, 1391.

2) Begr. RegE 1977, BT-Drucks. 8/1347,39.

3) K. Schmidt, ZIP 1981, 697.

4) Begr. RegE 1977, BT-Drucks. 8/1347, 41; vgl. auch K. Schmidt, ZIP 1981, 697; Hommelhoff, in: Die Zukunft der GmbH, 37.

c) §§ 32 a KO, 3 b AnfG

§ 32 a wird ergänzt durch die Einfügung zweier neuer Anfechtungstatbestände, die sich auf Gesellschafterdarlehen beziehen: § 32 a KO und § 3 b AnfG. Danach unterliegen die Rechtshandlungen, die einem Gesellschafter für seine Forderung Sicherheit oder Befriedigung gewähren, der Anfechtung, wenn sie im letzten Jahr vor der Anfechtung bzw. vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen worden sind[1].

aa) Nach diesen Vorschriften unterliegen der Anfechtung alle Rechtshandlungen, die dem Gesellschafter bzw. seiner Mittelsperson innerhalb eines Jahres vor Konkurseröffnung oder der Gläubigeranfechtung Befriedigung für solche Darlehensforderungen gewährt haben, die im Konkurs nicht zu realisieren wären. Es werden also solche Rechtshandlungen erfaßt, die schon bei der Gewährung oder Belassung den Charakter von Gesellschafterdarlehen hatten, und nicht erst rückwirkend durch unvorhersehbare, in der Zwischenzeit eingetretene Verluste diesen Charakter annehmen. Dabei steht der Rückzahlung der Darlehensvaluta an den Gesellschafter die Zuwendung sonstiger Leistungen erfüllungshalber oder an Erfüllungs Statt gleich[2].

bb) Das andere in den § 32 a KO und § 3 b AnfG vorgesehene Anfechtungsrecht ist auf Rechtshandlungen gemünzt, durch die die GmbH dem Gesellschafter für ein kapitalersetzendes Darlehen Sicherheiten gewährt hat. Auch wenn sie länger als ein Jahr vor dem betreffenden Stichtag vorgenommen wurden, sind solche Handlungen im Fall des GmbH-Konkurses oder unter den Voraussetzungen des AnfG anfechtbar[3].

---

1) K. Schmidt, ZIP 1981, 696; Kamprad, 2. Aufl., 36; Fleck, 2. Aufl. 43; Ulmer, in: Dasneue GmbH-Recht, 65.
2) vgl. Ulmer, in: Dasneue GmbH-Recht, 65f; Fleck, 2. Aufl., 43.
3) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 65; K. Schmidt, ZIP 1981, 696; Kamprad, 2. Aufl., 36; a. A.: s. Fleck, 2. Aufl., 43 (ohne Frist).

d) §§ 30, 31 KO

Nach K. Schmidt[1] haben die §§ 30, 31 KO nach der Novelle keine Bedeutung mehr. Nach bisherigem Recht sollte gemäß einer Ansicht auf diese Bestimmungen zurückgegriffen werden, wenn eine Inanspruchnahme an § 31 an der Grenze des Stammkapitals scheiterte. Zu diesem Zweck wurden die Gesellschafter wie nahe Angehörige der GmbH behandelt[2] und die Zuwendung der Absichtsanfechtung unterworfen. Daneben wurde bei Freiwilligkeit der Rückzahlung auch noch die Schenkungsanfechtung nach § 32 Nr. 1 KO erwogen. Da beide Anfechtungstatbestände auf ein Jahr begrenzt sind, wurden sie neben dem neuen § 32 a KO überflüssig. Nur § 31 Nr. 1 KO, der Hauptfall der Absichtsanfechtung, kann nach wie vor Bedeutung erlangen. Allerdings trägt der Konkursverwalter hier die Beweislast[3].

e) § 342 HGB

Die analoge Anwendung von § 342 HGB auf längerfristige Kredite[4], eine vor Jahren herausgearbeitete Auffassung[5], spielte in der Praxis bislang noch keine Rolle. Sie ist von jenen Stimmen zu unterscheiden, die das Problem der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen mit Hilfe von § 342 HGB lösen wollten[6], eine Auffassung, die deshalb fragwürdig war, weil § 342 HGB gerade nicht die Einbeziehung des Zurückgeforderten in das haftende Kapital wollte. Überdies wurde diese Norm durch § 32 a KO überholt[7].

---

1) K. Schmidt, ZIP 1981, 697; ders., in: Das neue GmbH-Recht, 79ff.; a. A: ursprünglich K. Schmidt, NJW 1980, 1772.
2) vgl. auch BGHZ 58, 20, 24.
3) Baur, 117; Baumann, 143.
4) K. Schmidt, ZIP 1981, 697.
5) K. Schmidt, ZHR 140, 492; ders., KTS 1977, 65, 71f.; Benne, 160f., 191; sympathisierend anscheinend Fleck, LM, Nr. 6 zu § 30; a. A.: Ulmer, in: Hachenburg, Rd., 90; K. Schmidt hat seine frühere Meinung geändert, s., in: Das neue GmbH-Recht, 81.
6) Tittel, 52,ff.; Steindorff, ZHR 132, 281; Sonnenberger, NJW 1969, 2036; Winter, in: Scholz, § 13 Rdn. 49.
7) Baumbach/Duden/Hopt, 575.

Bei der analogen Anwendung des § 342 HGB auf längerfristige Kredite handelt es sich dagegen um einen die Regeln über kapitalersetzende Darlehen ergänzenden flankierenden Schutztatbestand[1]. Der Schutzzweck des § 342 HGB läßt sich auf jeder längerfristige Kreditfinanzierung von Unternehmern verallgemeinern, jedenfalls auf die Finanzierung durch "Insiderstellung"[2]. § 342 HGB ist nämlich weniger eine gesellschaftsrechtliche als eine kreditrechtliche Norm. Nicht die für den Gläubigerschutz irrelevante gesellschaftsrechtliche Bindung des stillen Gesellschafters ist Grundlage des § 342 HGB, sondern die Überlegung, daß die stille Einlage, soweit sie nach § 341 als Konkursforderung geltend gemacht werden kann, ein qualifizierter Kredit ist. Die erweiterte Anwendung dieses Rechtsgedankens auf andere Unternehmenskredite behält selbständige Bedeutung neben § 32 a KO[3], da eine Analogie zu § 342 HGB gerade dann zum Zuge kommt, wenn die Voraussetzungen des § 32 a nicht vorliegen. Im Vergleich zu § 32 a KO weist § 342 HGB jedoch einen wesentlichen Nachteil auf: Er versagt bei einem von der Gesellschaft gesicherten Kredit, wenn die Sicherheit vor der kritischen Jahresfrist eingeräumt wurde[4].

4. Folgerungen für das Innenverhältnis der Gesellschafter

a) Zuständigkeit für die Darlehensaufnahme

Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen werfen über den Gläubigerschutz hinaus auch für die gesellschaftsinterne

---

1) K. Schmidt, NJW 1977, 107f.; ders., ZIP 1981, 697; Fleck, LM Nr. 6 zu § 30.
2) Fleck, 2. Aufl., 47.
3) K. Schmidt, NJW 1980, 1772; ders., ZIP 1981, 697; ders., in: Das neue GmbH-Recht, 81; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 81.
4) K. Schmidt, ZIP 1981, 697.

Zuständigkeitsordnung Probleme auf[1]. Darlehensaufnahmen gehören nach der (dispositiven) Regelung als Teil der laufenden Geschäftsführung zur Zuständigkeit der Geschäftsführer. Im Gegensatz hierzu werden die Entscheidungen über die Eigenkapitalbasis von den Gesellschaftern mit qualifizierter Mehrheit und nicht von dem Geschäftsführern[2] getroffen, weil die Bestimmung des Eigenkapitals ein wesentliches Teilhaberecht aller Gesellschafter an den unternehmerischen Grundentscheidungen ist[3] Hängen doch sowohl die künftigen Investitionen, Art und Umfang der Geschäftsabschlüsse und Kreditaufnahmen in beträchtlichem Maße vom Umfang des Eigenkapitals ab. In der Praxis werden allerdings die zur verstärkten Finanzierung herangezogenen Gesellschafter auf den Gleichbehandlungsgrundsatz und die Nichtbeteiligung von Mitgesellschaften hinweisen und ähnlich wie im Fall echter Kapitalerhöhungen ihre Finanzierungsbereitschaft von der Einräumung zusätzlicher Gesellschaftsrechte oder der Gewährung interner Ausgleichsansprüche abhängig machen[4].

b) Ausfallhaftung

Nach § 31 III haften die übrigen Gesellschafter bei Auszahlung stammkapitaldeckenden Gesellschaftsvermögen an einen Gesellschafter für die Erfüllung des Erstattungsanspruchs solidarisch. Hierbei sollte die Frage gestellt

---

1) Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 43; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 70ff.
2) dieser Grundsatz gilt für das Stammkapital (§§ 3 I 3, 53 I,55, 58) ebenso wie für Nachschüsse (§ 26) und Rücklagen (§ 46 N. 1); s. Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979,43.
3) Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 43.
4) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 71; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 43f.

werden, ob diese Solidarhaftung auch dann eingreift, wenn Gesellschafterdarlehen zur Unzeit zurückgezahlt worden sind[1]. Dagegen spricht einerseits, daß die übrigen Gesellschafter in der Lage sein müßten, ihr unternehmerisches Risiko zu kalkulieren[2]. Andererseits sind die Gesellschafter aber auch bei einer gegen ihren Willen beschlossenen Kapitalerhöhung nicht vor weiteren Verpflichtungen gefeit, wenn nämlich übernommene Stammeinlagen nicht erbracht werden (§ 24). Bei Gesellschafterdarlehen erscheint es dabei angemessen, nur diejenigen Gesellschafter zur Solidarhaftung heranzuziehen, die die Darlehensgewährung mit zu verantworten haben[3]. Das bedeutet: "Wurde das Gesellschafterdarlehen aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses gewährt, so haften für die Erstattung in erste Linie die Gesellschafter, die dem Darlehen zugestimmt haben"[4]. Die überstimmten Gesellschafter sind dann zur Haftung heranzuziehen, wenn sie mit angemessener Abfindung hätten ausscheiden können, aber dennoch in der Gesellschaft verbleiben seien. Wird dagegen das Darlehen ohne Mitwirkung aller anderen Gesellschafter gewährt, kommt eine die Solidarhaftung dieser Gesellschafter nicht in Frage[5].

Ulmer[6] hat das Problem angesprochen, ob die gesetzliche Neuregelung zu Ansprüchen auf Vertragsanpassung aus Gründen der Gleichbehandlung, der Treupflicht oder der Änderung der Geschäftsgrundlage bei solchen Gesellschaftern führen könne[7], die in einem über ihre Gesellschaftsbeteiligung hinausgehenden Maße zur Finanzierung der GmbH durch Darlehen beigetrag-

---

1) Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 44.
2) relativ zurückhaltend gegenüber einer Solidarhaftung s. BGHZ 60, 324, 331 u. Goerdeler/Müller, in: Hachenburg, § 31, Rdn. 1, 20.
3) a.M. wohl das bisherige Schrifttum vgl. Wiedemann, 48; G. Winter, 52; Immenga, ZGR 1975, 487, 491; K. Schmidt, DB 1973, 2227, 2230.
4) Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 44.
5) ibid.
6) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 71
7) vgl. auch K. Schmidt, in: Scholz, § 47 Rdn. 26; Schilling, in: Hachenburg, § 47 Rdn. 77.

gen haben. Gegen ein solches Anpassungsverlangen könnte die Überlegung sprechen, daß die Novelle nur für kapitalersetzende Darlehen gilt, die nach dem 1.1.1981 gewährt oder belassen worden sind, während die Behandlung von in der Vergangenheit gewährten oder belassenen Darlehen unberührt bleibt. Berücksichtigt man freilich den Umstand, daß die Novelle überwiegend nur bereits geltendes Recht für Gesellschafterdarlehen kodifiziert hat, so erweist sich dieser Einwand nur beschränkt als stichhaltig. Wenn auch generelle Aussagen insoweit kaum möglich sind, hält man es noch nicht für ausgeschlossen, daß künftige Gesellschafter, die sich in besonders hohem Maße an der Finanzierung der GmbH über Darlehen beteiligen, eine Anpassung des GmbH-Vertrages wegen ihres erhöhten Risikos oder sonstige Kompensationen zu ihren Gunsten von den Mitgesellschaftern verlangen, die nicht oder nur in geringem Maße als Darlehensgeber fungieren[1]." Gehen die Mitgesellschafter hierauf nicht ein, so kommt für den darlehensgewährenden Gesellschafter je nach Lage des Falles und der Gefahr des Eingreifens von § 32 a auch das Recht zur außerordentlichen Kündigung seines Darlehens wegen veränderter Umständen beim Darlehensnehmer in Betracht[2]".

5. Art. 12 § 3 GmbH-Novelle

Nach Art der Übergangsvorschrift des Art. 12 § 3 GmbH-Novelle finden §§ 32 a und b, § 32 a KO und 3 b AnfG keine Anwendung auf Darlehen, die der Gesellschaft vor Inkrafttreten des Ge-

---

1) Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 71.
2) ibid. 72.

ge Rechtsprechung des BGH auf Altdarlehen nicht mehr angewandt werden kann.[1] In diesem Fall könnte, sofern es sich um kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen handelt, ihre Geltendmachung auch außerhalb des Konkurses oder eines Vergleichsverfahrens aufgrund der bisherigen Rechtsprechung nicht verweigert und ihre Rückerstattung nicht verlangt werden.[2] Können sie im Konkurs aufgrund des Art. 12 § 3 GmbH-Novelle geltend gemacht werden, unterliegen sie auch außerhalb des Konkurses keiner Sonderbehandlung und sind trotz ihres Charakters als kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen wie Drittdarlehen zu behandeln. Die Begründung zum RegE 1977[3] besagt das Gegenteil: „Für diese Darlehen soll es vielmehr beim bisherigen Recht und den hierzu von der Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelten Grundsätzen bleiben". Die Übergangsvorschrift hätte aber keinen Sinn,[4] wenn sie dahin zu verstehen wäre, daß die Darlehen auch im Konkurs den Regeln der bisherigen Rechtssprechung unterliegen sollen[5]. Es muß aber gefordert werden, daß für Altdarlehen außerhalb des Konkurses das bisherige Recht und die hierzu von der Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelten Grundsätze anwendbar bleiben[6]. Dies ist jedenfalls dann richtig, wenn man davon ausgeht, daß der Gesetzgeber mit § 32 a keine abschliessende, die weitere Anwendung der vom BGH entwickelten Grundsätze ausschließende Sonderregelung treffen wollte[7].

---

1) Geßer, ZIP 1981, 234; Thöne, DB 1980, 2179; K. Schmidt, ZGR 1980, 573.
2) Geßler, ZIP 1981, 234.
3) BR-Drucks. 404/77, 62.
4) Thöne, DB 1980, 2179.
5) Geßler, ZIP 1981, 234.
6) Geßler, ZIP 1981, 234; a.A.: s. Thöne, DB 1980, 2179.
7) Geßler, ZIP, 1981, 234.

Ein Auslegungsproblem bildet die Frage[1], auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist, wenn neutrale Kredite irgendwann während ihrer Laufzeit die Qualität kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen annehmen. Sind sie vor dem 1.1.1981 gewährt, aber nach dem 31.12.1980 zu einem Zeitpunkt stehengelassen worden, in dem die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute statt eines Darlehens Eigenkapital zugeführt hätten, unterliegen sie nunmehr dem neuen Recht[2]. "Wird jedoch ein echtes Darlehen bei Fälligkeit nicht abgezogen, sondern der Gesellschaft belassen, so ist darin eine erneute Darlehensgewährung zu erblicken, deren rechtliche Beurteilung sich nach der Lage zu diesem Zeitpunkt richtet". Das bedeutet: "Hätten ordentliche Kaufleute zu diesem Zeitpunkt statt des Stehenlassens des Darlehens, oder seiner erneuten Gewährung, Eigenkapital zugeführt, hat das neue Darlehen kapitalersetzenden Charakter und unterliegt als solches dem neuen Recht"[3],

"Anders ist die Rechtslage, wenn es sich um ein auf ungewisse Zeit gegebenes Darlehen handelt, das erst nach Kündigung fällig wird (§ 609 I BGB)"[4]. Der BGH[5] hat auf das Belassen des Darlehens, das einer wirtschaftlich gesunden GmbH gegeben worden war, seine Grundsätze über kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen angewandt, weil die Gesellschaft im Zeitpunkt des Belassens überschuldet war. Auch im Hinblick auf das Umgehungsverbot des § 32 a III kann die Nichtkündigung eines einer gesunden GmbH vor dem Inkrafttreten der GmbH-Novelle gewährten Darlehens als kapitalersetzend zu qualifizieren sein, wenn das Vermögen der Gesellschaft nach dem 31.12.1980 nicht mehr das Stammkapital deckt. Bedenken, die sich aus dem rechtlichen Unter-

---

1) dazu vgl. K. Schmidt, ZGR 1980, 573f.
2) dazu s. Geßler, ZIP 1981, 234; ders., BB 1980, 1391; K. Schmidt, ZGR 1980, 573f.; ders., ZIP 1981, 698; Lutter, DB 1980, 1321; Timm, GmbH-Rdsch. 1980, 291; Ulmer, In: Hachenburg,Rdn. 88; ders., in: Das neue GmbH-Recht, 84.
3) vor allem s. K. Schmidt, ZGR 1980, 574; Lutter, DB 1980, 1321; Geßler, ZIP 1981, 234; a.M. Thöne, DB 1980, 2179; Ulmer, in: Das neue GmbH-Recht, 84.
4) Geßler, ZIP 1981, 234; Beinert/Hnnerkes/Binz, GmbH-Rdsch. 1981, 11.
5) BGHZ 75, 44.

schied zwischen Forderungsstundung und Stehenlassen eines Darlehens sowie aus dem Gesetzeswortlaut[1] ergeben, lassen sich ausräumen[2]. Die Gewährung eines Darlehens umfaßt bei weitester Auslegung auch noch die Belassung bereits gewährter Mittel im Vermögen des Darlehensnehmers[3] und zwar unabhängig davon, in welcher rechtlicher Form[4] sich das Stehenlassen vollzog. Auf jeden Fall aber wäre die Generalklausel des § 32 a III einschlägig, da sich die Darlehensrückzahlung unter sofortiger Rückgewähr an die Gesellschaft und das unnötige Zahlungvorgänge vermeidende Stehenlassen im Sinne dieser Vorschrift wirtschaftlich entsprechen[5].

Im Ergebnis bleibt festzustellen, daß die vom Gesetz nahegelegte Einteilung der Gesellschafterdarlehen, nämlich in Darlehen alten und neuen Rechts künftig keine Bedeutung mehr haben wird[6]. Denn wie K. Schmidt zu Recht bemerkt, ist erstens der Unterschied zwischen dem alten und dem neuen Recht gering, und muß zweitens die einschlägige Überleitungsvorschrift im Lichte der neuen Rechtsprechung korrigierend ausgelegt werden[7]. Danach kommt es darauf an, ob das Darlehen bereits 1980 oder erst danach "gewährt" worden war. Daher dürfe für die Praxis davon auszugehen sein, "daß jedes Darlehen nach neuem Recht behandelt werden kann, das erst nach dem 31.12.1980 kapitalersetzend geworden ist"[8].

---

1) K. Schmidt, ZGR 1980, 574; Lutter, DB 1980, 1321; Beinert/Hennerk Binz, GmbH-Rdsch., 1981, 11. a.A.: s. Geßler, ZIP 1981, 235.
2) BVerfGE 11, 126 (130); Beinert/Hnnerkes/Binz, GmbH-Rdsch. 1981, 11; über die korrigierende extensive Auslegung s. K. Schmidt, ZGR 1980, 574.
3) Beinert/Hnnerkes/Binz, GmbH-Rdsch. 1981, 11; Lutter, DB 1980, 1321; K. Schmidt, ZGR 1980, 573.
4) Stundung, Nicht-Kündigung, Prolongation etc.
5) Beinert/Hennerkes/Binz, GmbH-Rdsch. 1981, 11; Baums, StuW 1980, 303.
6) K. Schmidt, ZGR 1980, 567ff., insb. 579f.; ders., ZIP 1981, 698; Lutter, DB 1980, 1321; Ulmer, Fs. Duden, 661, 675 m.w.N.; a.A.: Beinert/Hennerkes/Binz, GmbH-Rdsch., 1981, 11; Thöne, DB 1980, 2179; Geßler, ZIP 1981, 234.
7) K. Schmidt, ZGR 1980, 579f.; ders., ZIP 1981, 698.
8) K. Schmidt, ZIP 1981, 698; Ulmer, Fs. Duden, 675.

C. Unterkapitalisierung

I. Grundlagen

1. Einleitung

Die in Rechtsprechung[1], Literatur[2] und auch in den Gesetzesvorschlägen[3] zur Unterkapitalisierung der GmbH entwickelten Lösungskonzeptionen machen deutlich, daß sich die Unterkapitalisierung als Finanzierungsproblem darstellt. Es handelt sich hier um ein Problem aus dem Bereich der Kapitalausstattung eines Unternehmens, das der betriebswirtschaftlichen Finanzierungslehre zuzuordnen ist[4]. Die Statistik zeigt, daß bei zunehmender Verminderung der Eigenkapitalausstattung der GmbH auch die Konkursanfälligkeit dieser Rechtsform zunimmt[5]. In dem Maße wie sich die Kapitalstruktur verschlechtert, vermindert sich das Haftungspotential des Unternehmens zum Nachteil der Gläubiger[6]. Wenn die Eigenkapitalbasis einer GmbH nicht ausreichend ist, wird der Aufbringungsbedarf des erforderlichen Kapitals zu einer Finanzierungsangelegenheit. Die betriebswirtschaftliche Theorie und Praxis, die Richtlinien für den unternehmerischen Entscheidungsprozeß geben will, hat eine Vielzahl von Finanzierungsregeln entwickelt, die von einem gegebenen Kapitalbedarf und einer bestimmten Investititonsstruktur ausgehen und die "als Grundsätze für die Wahl der Finanzierungsmittel zur Befriedigung eines gegebenen Kapitalbedarfs, als Normen für die Kapitalbeschaffung" bezeichnet

---

1) infra, 106ff.
2) infra, 109ff.
3) infra, 143ff.
4) Rexrodt, 82; Steffen, 38.
5) s. hierzu die Insolvenzstatistik Bundesrepublik Deutschland für 1981, ZIP 1982, A 9f. (gegenüber dem Vorjahr sind die Insolvenz der GmbH um 41.4 % gestiegen) und für 1982, ZIP 1983, A 12f. (die Hälfte aller in ein Insolvenzverfahren verwickelten Unternehmen war GmbH), Insolvenzstatistik Österreich für 1981, ZIP 1982, A 6f. , für 1982, ZIP 1983, A 5ff.; in Bayern ist z.B. immer noch das Stammkapital der GmbH im Jahre 1982 im Durchschnitt um 13 % niedriger als 1960 (SZ 16/17, Januar 198
6) vgl. Rexrodt, 82.

werden[1]. Die mit der Unterkapitalisierung der GmbH zusammenhängenden Fragen sind daher unter Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen Erkenntnisse zu lösen[2], damit das Gesellschaftsrecht nicht "den Boden unter den Füßen", d.h. die Beziehung zur Wirklichkeit verliert[3].

Für das Verhältnis von Eigenkapital zu Fremdkapital werden hauptsächlich in der älteren Literatur verschiedene Regeln aufgestellt[4]. Einige Autoren fordern ein Gleichgewicht von Eigenkapital und Fremdkapital, andere meinen, daß das Eigenkapital bei Industrieunternehmungen nicht unter 60 %, bei Handelsunternehmungen nicht unger 50 % sinken dürfe. Weiterhin wird postuliert, daß das Verhältnis von Eigenkapital zu Fremdkapital in einem Verhältnis von 2:1 stehen müsse. Ebenso wird im Bankgewerbe statt der früher geltenden Regel von 1:1, das Verhältnis von 1:3 oder 1:4 diskutiert. Nach der Meinung Schwantags sollte das Eigenkapital so hoch sein, daß es ausreicht, um die unter ungünstigen Umständen zu erwartenden Jahresverluste auch für mehrere Perioden auffangen zu können"[5]. Danach müsse ein Unternehmen das Eigenkapital in der Höhe halten, daß es einen Zeitraum bis zu drei Jahren in dem es Abschreibungen und Rückstellungen nicht verdient, überstehen kann, ohne daß sein Eigenkapital auf mehr als 2/3 des ursprünglichen Wertes fällt[6]. Viel[7] stellt für Klein- und Mittelbetriebe des Einzelhandels und Gewerbes als Erfahrungssatz fest, daß normalerweise bei eigener Liegenschaft 30 % des Gesamtkapitals und bei Mietverhältnissen 50 % auf das Eigenkapital entfallen.

---

1) vgl. Härle, 20; Rexrodt, 82f.
2) vgl. Höper, 20; Rexrodt, 83.
3) Höper, 20 unter Hinweis auf Kamm, 35 und Wüst, 7ff.; Rexrodt, 83.
4) vgl. Härle, 25ff.; Rexrodt, 85f. m.w.N.; Westermann, in: Vertragsrecht, 302, Fn. 235.
5) Schwantag, 224; Rexrodt, 86.
6) Schwantag, 225; Rexrodt, 86.
7) Viel, 249; Härle, 26; Rexrodt, 86.

Der kurze Überblick über die Meinungsvielfalt zeigt, daß sich verbindliche Regeln heute nicht aufstellen lassen, die für die Kapitalstruktur eine allgemeine Gültigkeit beanspruchen könnten. Die Ursache hierfür liegt in der Vielzahl und der Vielgestaltigkeit der Gesichtspunkte, die die im Spannungsfeld zwischen Rentabilität und Liquidität angesiedelte Entscheidung über die Eigen- bzw. Fremdkapitalausstattung beeinflussen[1]. Daß die Betriebswirtschaftslehre keine einheitlichen und objektiven Grundsätze über die Ausstattung von Unternehmen mit Eigenkapital vorweisen kann[2], wird somit deutlich. Allerdings zeigt sich hierin auch die Bedeutung des Eigenkapitals in seiner Finanzierungsfunktion. Das Eigenkapital ist der "Grundstein der Finanzstruktur einer Gesellschaft", denn es stellt die "unmittelbar notwendige Arbeits- und Erwerbsgrundlage der Unternehmungen und ihrer Betriebe" dar[3]. Beckmann[4] weist auf die Statistik hin, wonach junge Unternehmen oft mit sehr hohem Fremdkapital beginnen, das sie dann allmählich durch Selbstfinanzierung ersetzen. Härle[5] ist der Meinung, daß die edeale Finanzierung durch selbst gebildetes Eigenkapital allerdings nie vollständig realisiert werde, da die erzielten Gewinne nicht nur zur Fremdkapitalsubstitution sondern auch zur Erweiterungsfinanzierung verwendet werden. Im Interesse der unternehmerischen Zielsetzung könne bei relativ

---

1) vgl. Bischoff, DB 1971, 1581; Härle, 26; Rexrodt, 86.
2) Westermann, in: Vertragsrecht, 302, Fn. 235; Härle, 154; Rexrodt, 88; aber nach der Meinung von Albach (S. 653) ist die Feststellung des für jede einzelne Gesellschaft erforderlichen Eigenkapitals betriebswirtschaftlich schon möglich.
3) Rexrodt, 88.
4) Beckmann, 24; in Anlehnung an Härle, 150; auch Rexrodt, 89.
5) Härle, 150; auch Rexrodt, 88.

hohem Fremdkapital nur dann von optimaler Finanzierung gesprochen werden, wenn "die Kosten des Fremdkapitals je Einheit unter den erzielbaren Investitionsgewinnen je Kapitaleinheit liegen", so daß die "Finanzierung .... um so besser ist, je geringer die die Fremdkapitalkosten sind"[1]. Eine hohe Fremdfinanzierung werde bedenklich erst bei Überschreitung gewisser Grenzen, die aber nur im Einzelfall bestimmt und nicht normativ festgelegt werden könnten[2]. Härle hebt besonders hervor, daß die vielleicht bedeutsamste Grenze der Fremdfinanzierung in der Bedingung steter Aufrechterhaltung der Liquidität liege[3]. Die Rechtsordnung fordere zwar keine angemessene Kapitalisierung, normiere in § 826 BGB jedoch ein allgemeines Mißbrauchsverbot, welches bei einer erheblichen Überschreitung dieser Grenze Sanktionen auslöse, weil als Grundlage hierfür die Nichtbeachtung der Angemessenheit des Stammkapitals oder zumindest die fehlende Verhinderung erheblicher Unterkapitalisierung angeführt werden könne[4]. Das Eigenkapital einer GmbH - bestimmt durch die Höhe des Stammkapitals - dient somit dazu, künftige Verluste aufzufangen. Nur deshalb kann gefordert werden, daß ein bestimmtes Verhältnis zwischen Eigenkapital und potentiellem Verlust bestehen muß. Das genaue Verhältnis, also wie hoch das Eigen- bzw. Garantiekapital für die nötige Sicherheit sein muß, hängt jedoch vom Einzelfall ab.

---

1) Härle, 25, 27, 150; Rexrodt, 89.
2) Härle, 151; Rexrodt, 89; vgl. Höper, 42.
3) Härle, 151; auch Rexrodt, 89.
4) vgl. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 10f; auch Benne, 176; Hommelhoff, in: Die Zukunft der GmbH, 19ff.

Bestimmt man diese Grenze entsprechend dem Zusammenhang von Kapitalsicherung und Ausschluß der Gesellschafterhaftung, so bedeutet dies, daß die Garantiefunktion des Stammkapitals verfehlt wird, wenn das Eigenkapital im Konkursfall die Gläubiger nicht zu befriedigen vermag[1]. Hier geht es um die Grenze zwischen angemessener und unangemessener Kapitalisierung. Die unangemessene Unterkapitalisierung als Grenzüberschreitung wäre prinzipiell zu sanktionieren[2]. Der Grund, erst bei der qualifizierten Unterkapitalisierung Sanktionen eingreifen zu lassen, liegt darin, daß die durch die Zulassung des Durchgriffs eingetretene Rechtsunsicherheit vermieden werden soll. Der Rückgriff auf § 242 BGB, mit dessen Hilfe man "den Anwendungsbereich auf krasse Fälle einzuengen" habe[3], offenbart nur die Unmöglichkeit einer eindeutigen Grenzziehung: der systemwidrig zugelassene Durchgriff muß mit Hilfe von Generalklauseln seinerseits begrenzt werden, um so den völligen Systembruch zu verhindern[4]. Hier handelt es sich nicht um ein unpraktikables Gebot zu angemessener Eigenkapital-, sondern allein um das Verbot völlig unangemessener Haftkapitalausstattung[5].

---

1) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 56; O. Kuhn, 213f
2) Benne, 177
3) O. Kuhn, 218; im Bezug auf die unbeschränkte Haftung eines Kommanditisten hat Westermann betont: Nötig sei vielmehr eine deutliche Zäsur zwischen bloßer Fehleinschätzung der Zukunftsaussichten des Unternehmens und gläubigergefährdenden Manipulation (in: Vertragsfreiheit, 302).
4) Benne, 177
5) infra, 149ff.; vor allem s. Hommelhoff, in: Die Zukunft der GmbH, 19ff.

2. Begriff der Unterkapitalisierung

a) Unterkapitalisierung in Rechtsprechung und Lehre

Der BGH[1] definiert die Unterkapitalisierung als Mißverhältnis zwischen Haftkapital und satzungsmäßigem Gesellschaftszweck. Das Reichsgericht bezeichnete sie früher als Mißverhältnis zwischen Kapitalgrundlage und Aufgaben der GmbH[2]. Die Lehre hat ihrerseits vielfältige Umschreibungen der Unterkapitalisierung entwickelt. So wird sie z.B. bezeichnet als das Mißverhältnis zwischen Eigenkapital und Geschäftsumfang[3], zwischen Eigenkapital und Anlagevermögen[4], zwischen Eigenkapital und Fremdkapital[5], oder zwischen Eigenkapital und Unternehmensrisiko[6]. In Anlehnung an diese Betrachtungsweise versucht Ulmer[7], eine eigene Definition herauszuarbeiten. So hat er[8] darauf hingewiesen, daß das in der Literatur herausgestellte Verhältnis zwischen Eigenkapital und Geschäftsumfang einen geeigneten, wenn auch ergänzungsbedürftigen Ansatz bietet. Hierbei bedarf es keiner weiteren Begründung, daß der Geschäftsumfang eine der Größen ist, die für den Kapitalbedarf der Gesellschaft eine wichtige Rolle spielen. Im einzelnen

---

1) BGHZ 31, 258, 268; ähnlich Reinhardt, Fs Lehmann, 590 (Unternehmenszweck); Westermann, GmbH Rdsch. 1979, 220; Reuter, in: Münchner Kommentar. Rdn. 21 Verstoß gegen das Gebot zweckadäquater Ausstattung der juristischen Person mit Eigenkapital); Kübler, Gesellschaftsrecht, 238; RegE BT-Drucks. 8/1347, 38f.; Bericht des Rechtsauschusses, BT-Drucks. 8/3908, 68.
2) RGZ 166, 51, 57; der Begriff "Unterkapitalisierung" wurde hierbei jedoch noch nicht ausdrücklich gebraucht.
3) Arbeitskreis GmbH-Reform, 13; Kamprad, 10; Kalter, KTS 1970, 269; Höper, 43
4) G. Winter, 122, 141ff (die Heranziehung des branchenüblichen Verhältnisses zwischen Eigenkapital und Fremdkapital bzw. das Verhältnis zwischen Eigenkapital und Anlagevermögen).
5) die verschiedenen wissenschaftlichen Ansichten über das Verhältnis zwischen Eigenkapital und Fremdkapital s. supra, 88ff.
6) Rehbinder, 228; Wiedemann, in: Haftung, 18,23.
7) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 14ff.
8) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 15.

muß man dabei allerdings nach Maßgabe des Alters der Gesellschaft zwischen dem Umfang der Geschäftstätigkeit, der im Gründungsstadium angestrebt wird, demjenigen, der nach dem Geschäftsplan alsbald erreicht wird, und schließlich demjenigen, der im späteren Verlauf des Unternehmensschiksals tatsächlich realisiert wird, näher differenzieren [1]. Als zweites kommt es neben dem Geschäftsumfang auf die „Geschäftsart"der Gesellschaft an, da die Tätigkeit je nach den Investitionserfordernissen und der Umschlagsgeschwindigkeit des eingesetzten Kapitals von erheblichem Einfluß auf den Finanzbedarf und damit auf das notwendige Eigenkapitalvolumen ist. Als dritter Faktor sei schließlich „der der Unternehmenstätigkeit zugrundeliegende Finanzplan mit den entsprechenden Finanzierungsmethoden" der Gesellschaft zu nennen. So kann es bei gleicher Branchenzugehörigkeit einer von zwei vergleichbaren GmbHs trotz einer deutlich geringeren Eigenkapitalausstattung finanziell besser gehen, weil sie etwa ihr Anlagevermögen im Wege einer Betriebsaufspaltung von der Besitz-KG gepachtet oder im Leasingverfahren übernommen hat[2]. Allerdings ist von den Faktoren „Geschäftsumfang, Geschäftsart und Finanzierungsmethoden" noch kein direkter Schluß auf das erforderliche Eigenkapital zu ziehen. Diese Faktoren bestimmen zwar den Umfang des nicht nur kurze Zeit dauernden Finanzbedarfs der Gesellschaft, fällen aber keine Entscheidung darüber, ob dieser Finanzbedarf durch das Eigenkapital der Gesellschafter gedeckt werden solle oder durch die Aufnahme mittel- oder langfristiger Kredite von dritter Seite[3]. Dabei kann dahingestellt bleiben, welche Finanzierungsart sich als steuerlich oder betriebswirtschaftlich optimal empfehlen würde. Das Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital ist vielmehr

---

1) anfängliche und nachträgliche Unterkapitalisierung, s. infra, 95f.
2) vgl. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 15.
3) ibid. Rdn. 16.

für die Unterkapitalisierung nur von Bedeutung, insoweit es Rückschlüsse auf die Kreditfähigkeit des Unternehmens und das Erfordernis einer Aufnahme von Fremdmitteln zur Deckung des bestehenden Finanzbedarfs erlaubt. Ist die Gesellschaft zur Deckung des bestehenden Findanzbedarfs zu marktüblichen Bedingungen mittel- oder langfristig von dritter Seite in der Lage, so bedarf es einer Eigenkapitalaufstockung selbst dann nicht, wenn sich die Schere zwischen Eigen- und Fremdkapital als für die Gläubiger ungewöhnlich ungünstig darstellt oder nur eine sehr unvollständige Eigenkapitaldeckung des Anlagevermögens besteht[1]. Ulmer hält nun die Mehrzahl der obengenannten Ansichten aufgrund ihrer funktionellen Betrachtungsweise für die Bestimmung der Unterkapitalisierung für ungeeignet, da sie eine Verbindlichkeit der ihnen zugrunde gelegten Finanzierungsregeln voraussetzen, die es nach geltendem Recht nicht gibt. Demzufolge eignen sich diese Regeln nicht zur Feststellung eines Rechtsmißbrauchs. Ulmer[2] will vielmehr unter Anlehnung an abstrakte Kriterien auf zwei entscheidende Merkmale abstellen: Einmal auf den Finanzbedarf einer GmbH, zum anderen "auf deren fehlende Kreditfähigkeit, d.h. die Unmöglichkeit einer Fremdfinanzierung". Auf der Grundlage dieser Kriterien kommt er zu der folgenden, m.E. praktikalbelsten Fefinition der Unterkapitalisierung: "Eine Gesellschaft ist unterkapitalisiert,

---

1) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 16.
2) ibid., Rdn. 17, 15.

wenn das Eigenkapital nicht ausreicht, um den nach Art und Umfang der angestrebten oder tatsächlichen Geschäftstätigkeit, unter Berücksichtigung der Finanzierungsmethoden bestehenden, nicht durch Kredite Dritter zu deckenden, mittel- oder langfristigen Finanzbedarf zu befriedigen"[1].

b) Abgrenzung der Unterkapitalisierung von ähnlichen Erscheinungen

Die Unterkapitalisierung ist von ähnlichen Erscheinungen abzugrenzen, die zu Verwechslungen führen können, obwohl sie einen anderen Sachverhalt betreffen[2]. Dies sind im einzelnen: Die einfache Verlustbilanz, die Unterbilanz, die Überschuldung und die Illiquidität.

aa) Die Verlustbilanz

Von einer einfachen Verlustbilanz wird gesprochen, wenn das laufende Geschäftsjahr gemäß § 42 V einen Verlust ausweist, aber das Stammkapital nicht angegriffen wird. Das Reinvermögen der Gesellschaft (Aktivvermögen minus Verbindlichkeiten) übersteigt also das ausgewiesene Stammkapital trotz des Verlustes, der somit durch das sonstige Eigenkapital (thesaurierte Gewinne) aufgefangen werden kann. Im Extremfall der einfachen Verlustbilanz wird das gesamte sonstige Eigenkapital vom Verlust aufgezehrt. Eigenkapitalmäßig herrscht also bei der einfachen Verlustbilanz die gleiche Lage wie bei der Gründung der Gesellschaft.

---

1) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 17.
2) Höper, 44ff.; Rexrodt, 13ff.; Wüst, 27; Ulmer, KTS 1981, 469, Rogusch, 236ff.

Bei dieser ganzheitlichen Betrachtung liegt an sich kein Verlust vor[1]. Gleichzeitig kann allerdings bei Vorliegen einer Verlustbilanz eine Unterkapitalisierung gegeben sein. Dies ist aber keineswegs denknotwendig der Fall.

bb) Unterbilanz

Eine Unterbilanz besteht, wenn der Verlust dadurch entsteht, daß die Gesellschaft kein sonstiges Eigenkapital besaß, oder dadurch, daß der Verlust das sonstige Eigenkapital überwiegt. In diesem Fall erreicht also das Reinvermögen (Aktiva minus echte Passiva)[2] nicht mehr die Stammkapitalziffer[3]. Im Gegensatz zu der einfachen Verlustbilanz wird bei der Unterbilanz das Stammkapital zur Deckung der Verbindlichkeiten angegriffen. Das Extrem der Unterbilanz ist dann erreicht, wenn dem Aktivvermögen Verbindlichkeiten in gleicher Höhe gegenüberstehen, somit das Reinvermögen also nicht nur die Stammkapitalziffer unterschreitet, sondern überhaupt kein Reinvermögen mehr vorhanden ist. Dies ist eine gefährlichere Situation für das Unternehmen[4] als bei einer einfachen Verlustbilanz. Auf der anderen Seite braucht auch eine Unterbilanz nicht notwendig eine Unterkapitalisierung zu bedeuten. Das noch vorhandene Eigenkapital kann vielmehr zur Fortführung der Geschäfte im Sinne der oben herausgestellten Definition durchaus ausreichen.

---

1) Höper, 45; Rexrodt, 14; Kalter, KTS 1970, 269.
2) Goerdeler/Müller, in: Hachenburg, § 30 Rdn. 14; Rexrodt, 14.
3) Höper, 45; Rexrodt, 14; Goerdeler/Müller, in: Hachenburg, § 30 Rdn. 14; Wüst, 27; Scholz, § 30 Rdn. 2; Kalter, KTS 1970, 269.
4) Höper, 45f.; Rexrodt, 14.

cc) Überschuldung

Eine Überschuldung eines Unternehmens liegt dann vor, wenn die Vermögensgegenstände zur Tilgung der Schulden nicht mehr ausreichen (§ 64 I)[1]. In diesem Fall sind die Verluste so groß geworden, daß das gesamte Eigenkapital von den Verlusten aufgezehrt wurde, und die echten Schulden[2] von der noch vorhandenen Vermögensmasse nicht mehr gedeckt werden[3]. Dies hat rechtlich den Eintritt der Überschuldung zur Folge, eine Situation, in der die Geschäftsführer der GmbH den Antrag auf Eröffnung des Konkurses oder des gerichtlichen Vergleichverfahrens stellen müssen (§§ 63, 64I). Der Sinn dieser Vorschrift ist in einem Schutz der Gläubiger vor einer Liquidationsverzögerung zu erblicken; ihnen haftet ja bei der rechtlichen Ausgestaltung eines Unternehmens als GmbH allein das Gesellschaftsvermögen. Die Verzögerung der Liquidation zöge in aller Regel weiteren Vermögensabfluß und damit eine weitere Verringerung der zu erwartenden Konkursquote nach sich[4]. Deshalb sieht das Gesetz im Versäumnisfall eine Schadensersatzpflicht der Geschäftsführer (§ 64 II) und sogar deren Strafbarkeit (§ 84) vor. Freilich sind im einzelnen an die Feststellung der Überschuldung erhebliche Probleme geknüpft. Das Gesetz gibt keine Anhaltspunkte dafür, nach welchen Prinzipien eine Bewertung der Aktiva zu erfolgen hat[5]. Auch besteht hinsichtlich der Schadensersatzpflicht der Geschäftsführer keine Einigkeit darüber, in welchen Fällen ein Verstoß gegen § 64 I

---

1) G. Kühn, 117; G. Plate, DB 1980, 217ff.; Bauer, 18; Goerdeler/Müller, in: Hachenburg, § 30 Rdn. 14, 18; Ulmer KTS 1981, 473.
2) d.h. ohne Stammkapital und Rücklagen, Rexroth, 15, Fn. 2; vgl. Winter, 26 m.w.N.
3) Höper, 46; Maul, BB 1969, 309; G. Kühn, 117.
4) Rexrotdt, 15; Höper, 47; Maul, BB 1969, 309.
5) näheres s. Ulmer, KTS 1981, 473ff., 491 (die Überschuldungsbilanz sei nach Liquidationswerten aufzustellen); Höper, 47.

durch einen verspäteten Antrag zu bejahen ist[1]. Doch können die Einzelheiten hier dahingestellt bleiben, denn für unser Thema kommt es allein auf die Abgrenzung der Überschuldung von der Unterkapitalisierung an[2].

Da die Gesellschaft bei Überschuldung keinerlei Eigenkapital mehr hat, wird sie, falls sie ihre Geschäfte fortführen will, in aller Regel gleichzeitig unterkapitalisiert sein.

dd) Illiquidität (Zahlungsunfähigkeit)

Während man "die einfache Verlustbilanz, die Unterbilanz und die Überschuldung als eine Kette oder Stufenleiter"[3] ansehen kann, stellt die Illiquidität oder Zahlungsunfähigkeit eine Erscheinung eigener Art dar. Zahlungsunfähigkeit liegt immer dann vor, wenn der erwartete Bedarf an Zahlungsmitteln größer ist als die Zahlungsmitteldeckung, wobei nicht erwartet werden kann, daß dieser Zustand in kürzerer Zeit zu beheben ist. Diese Situation wird durch eine fehlende Fristenkongruenz hervorgerufen, d. h. "Verbindlichkeiten werden eher oder in einem größeren Ausmaße fällig als das Unternehmen Kapital zur Deckung freisetzen kann"[4]. Deshalb kann auch bei einer positiven Bilanz Zahlungsunfähigkeit eintreten, - zumindest für einen kurzfristigen Zeitraum - andererseits braucht Zahlungsunfähigkeit selbst bei Überschuldung eines Unternehmens nicht notwendigerweise gegeben sein. Bei gesunden Unternehmen wird Zahlungsunfähigkeit schon deshalb nicht vorkommen, da diese

---

1) Ulmer, KTS 1981, 481ff.; Höper, 47.
2) Höper, 47.
3) Höper, 48; so wohl auch Wüst, 27.
4) Rexrodt, 15; Höper, 48; BGH DB 1975, 147; Bauer, 18.

jederzeit Kredite erhalten oder die Prolongation der fälligen Kredite erreichen können. "Kreditgewährungen bzw. -prolongationen werden natürlich umso schwieriger, je ungünstiger die Vermögensverhältnisse der Unternehmen sind"[1]. Aus § 64 I ergibt sich, daß die Illiquidität ebenso wie die Überschuldung einen Konkursgrund darstellt, der die Verpflichtung auslöst, das gerichtliche Konkurs- oder Vergleichsverfahren zu eröffnen. Aus diesem Grunde entsprechen auch die Fristen für die Antragstellung sowie die Sanktionen für Verstöße hiergegen denen im Fall der Überschuldung[2]. Als Schlußfolgerung obiger Ausführungen kann man sagen, daß die Phänomene der Verlustbilanz, der Unterbilanz, der Überschuldung und der Illiquidität "nicht mit dem für das Vorliegen einer Unterkapitalisierung entscheidenden Verhältnis von Eigenkapital und Betriebs- und/oder Umsatzgröße"[3] gleichgesetzt werden können. Gleichwohl wird im folgenden noch näher zu erläutern sein, daß diese Erscheinungen durch die Unterkapitalisierung begünstigt werden[4].

3. Arten der Unterkapitalisierung

Da die Unterkapitalisierung in vielen Erscheinungsformen auftreten kann, sollen in diesem Kapitel die Differenzierungen in Voraussetzung und Rechtsfolgen herausgearbeitet werden. Die drei wichtigsten dieser Unterscheidungen werden im folgenden gesondert herausgestellt, um die Übersichtlichkeit und die Einheitlichkeit der Terminologie zu wahren[5].

---

1) Höper, 48.
2) im einzelnen dazu die Kommentierung zu § 64 I; auch vgl. Höper, 48.
3) Höper, 49.
4) infra, 97ff.
5) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 21ff; Höper, 50ff.; Rexrodt, 16f.

a) Nominelle und materielle Unterkapitalisierung

Eine erste Unterscheidung, die nicht nur im Zivilrecht, sondern auch im Steuerrecht eine Rolle spielt, wird danach vorgenommen, ob die Gesellschafter der GmbH über das unzureichende Stammkapital und etwaige Nachschüsse hinaus jegliche weiteren Mittel verweigerten, oder ob die Gesellschafter die benötigten Finanzmittel zwar gewährten, wobei sie diese Finanzmittel aber nicht in der Form von Einlagen, sondern als Gesellschafterdarlehen, also als Fremdkapital, bereitstellten[1]. Die gänzliche Verweigerung der erforderlichen Finanzmittel wird als materielle Unterkapitalisierung bezeichnet (tatsächliche, aktuelle[2]), die Gewährung von Gesellschafterdarlehen anstatt von Einlagen als nominelle Unterkapitalisierung. Die tatsächliche Unterkapitalisierung ist also dadurch charakterisiert, daß der gesamte weitere Kapitalbedarf ausschließlich durch echte Fremdmittel beschafft wird, wobei die Gesellschafter selber keinen eigenen Kapitaleinsatz erbringen, entweder weil sie dies nicht können oder nicht wollen. Der Tatbestand der nominellen Unterkapitalisierung ist nicht nur durch die Gewährung von Gesellschafterdarlehen erfüllt, sondern auch dann, wenn die Gesellschafter Kredite Dritter an die Gesellschaft durch Bürgschaften oder Garantieverträge absichern[3].

---

1) s. supra, 13ff.; insb. im Bezug auf §§ 32 a und b.
2) tatsächliche Unterkapitalisierung (Winkler, BB 1969, 1205; Höper, 57; Rexrodt, 17), aktuelle Unterkapitalisierung (Wiedemann, 25), materielle Unterkapitalisierung (Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 22; Benne, 61).
3) G. Winter, 151, 42ff. ("spezielle" und "einfache" anfängliche Unterkapitalisierung, und "fraudulöse", "vorsätzliche, nicht fraudulöse" und "unbewußte" anfängliche Unterkapitalisierung); Kalter, KTS 1970, 274ff. (die anfängliche "beabsichtigte" und "nicht beabsichtigte" Unterkapitalisierung); Höper, 57; Rexrodt, 17.

Die Beutung dieser Unterscheidung der beiden Fallgruppen liegt darin, daß bei der nominellen Unterkapitalisierung über §§ 32a und b lediglich der Ersatz unzureichender Eigenkapitalausstattung durch andere Finanzierungsformen sanktioniert wird, dagegen bei der materiellen Unterkapitalisierung de lege lata die vollständige Ausfallhaftung der maßgeblichen Gesellschafter in der Krise der GmbH gelten soll[1].

b) Anfängliche und nachträgliche Unterkapitalisierung

Der Zustand der Unterkapitalisierung kann sowohl im Stadium der Gründung, als auch im Laufe des Geschäftsbetriebes der GmbH auftreten. Wenn das Eigenkapital der GmbH im Hinblick auf den Geschäftsumfang bereits im Zeitpunkt der Gründung unzulänglich ist, liegt eine anfängliche Unterkapitalisierung vor[2]. Der Grund für die Tatsache, daß die Gesellschafter selbst nur wenig Stammkapital investieren wollen, kann einmal darin liegen, daß diese das eigene Risiko möglichst gering halten wollen, oder nach größtmöglicher Rentabilität des eingesetzten Kapitals streben. In den Fällen, in denen die Gesellschafter beabsichtigen, das Risiko des Unternehmens möglichst auf die Gläubiger abzuwälzen, indem sie selbst nur den Mindestbetrag von DM 50.000,- riskieren, andererseits gleichzeitig aber voll am Gewinn teilhaben wollen, wird eine extreme Unterkapitalisierung herbeigeführt[3].
Nachträgliche Unterkapitalisierung liegt vor, wenn sich der erhöhte Eigenkapitalbedarf erst im späteren Verlauf der Gesellschaftstätigkeit zeigt. Dieser Bedarf wird in vielen

---

1) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 22; Kübler, Gesellschaftsrecht, 238ff; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, 568ff.; Hommelhoff, in: Die Zukunft der GmbH, 18ff.
2) G. Winter, 151; Kalter, KTS 1970, 270ff; Höper, 50ff; Rexrodt, 36; Ulmer, in: Hachenburg, 23.
3) Höper, 51ff.; Rexrodt, 36; Härle, 64ff.

Fällen durch eine Ausweitung der Geschäftstätigkeit ausgelöst, wobei der steigende Eigenkapitalbedarf nicht notwendig aus den gleichen Überlegungen wie bei der anfänglichen Unterkapitalisierung vernachlässigt wird. Weiterhin kommt es zu nachträglicher Unterkapitalisierung dadurch, daß sich das Eigenkapital der Gesellschaft im Laufe der Existenz der Gesellschaft bei gleichbleibendem Geschäftsumfang verringert. Dieser Fall kann durch vier Gründe bedingt sein: "Verluste durch den Geschäftsbetrieb, Ausschüttung thesaurierter Gewinne an die Gesellschafter, Rückzahlung von Nachschüssen, sofern solche eingezogen waren, und Stammkapitalherabsetzung"[1].

c) Einfache und qualifizierte Unterkapitalisierung

Eine weiter Differenzierung[2] orientiert sich an dem Umfang der Unterkapitalisierung. Die sich unterscheidenden Fälle ziehen unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich. Als einfache Unterkapitalisierung wird der Tatbestand definiert, daß die GmbH einen nicht nur vorübergehenden Finanzbedarf hat, den sie wegen fehlender Kreditfähigkeit nicht bei außenstehenden Dritten durch Kredite abdecken kann[3]. Gewähren die Gesellschafter der GmbH in dieser Situation der Gesellschaft lediglich ein Darlehen, anstatt sie mit genügend Eigenkapital auszustatten, so wird dieses eigenkapitalersetzende Darlehen gegenüber Drittgläubigerforderungen mit einem Rangrücktritt versehen, der ggf. zur Erstattung zurückgezahlter Darlehensbeträge führt[4].

---

1) Höper, 54; Kalter, KTS 1970, 280; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 23.
2) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 11ff., 13, 24.
3) ibid. Rdn. 16.
4) ibid. Rdn. 88ff.

Im Gegensatz zu dieser einfachen Unterkapitalisierung wird in der qualifizierten Variante[1] gefordert, daß die finanzielle Ausstattung der GmbH eindeutig - "und für Insider klar erkennbar" - zur Erreichung des Gesellschaftszweckes unzureichend ist und bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Mißerfolg der Gesellschaft zulasten der Gläubiger erwarten läßt. Liegen diese Voraussetzungen der qualifizierten Unterkapitalisierung vor, so führen diese als Rechtsfolge zur Ausfallhaftung der maßgeblichen Gesellschafter[2] Diese Formulierungen sind die Zusammenfassung vielfältigster Bemühungen[3] wobei auch das BFH-Urteil vom 15.5.1953[4] berücksichtigt wird. Meines Erachtens bezeichnet der hier gebrauchte Begriff den Tatbestand besser als die sonst gebrauchte Bezeichnung der "externen Unterkapitalisierung".

4. Gefahren der Unterkapitalisierung

a) Unterkapitalisierung als Konkursursache

Nach Ansicht von Rinklin[6] können die Ursachen eines Konkurses einerseits außerhalb der Einflußsphäre des Unternehmers liegen und etwa durch Wettbewerb, Konjunktur, Wirtschafts- und Sozialpolitik sowie höhere Gewalt bedingt sein. Andererseits können die Gründe für einen Konkurs unternehmensintern begründet sein, wobei zwischen solchen Ursachen zu unterscheiden ist, die situationsbedingt sind, wie z.B. Beschaffung, Produktion, Absatz, Kosten, Rechnungswesen, Kunden und Lieferanten, und solchen konstitutiver Art, wie z.B. Unternehmensgegenstand, Rechtsform, Gesellschafter, Standort,

---

1) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 59 ff., 24.
2) ibid. Rdn. 24.
3) vor allem s. Weber, in: Jaeger, KO, §§ 207, 208 Anm. 38 m.w.N.
4) EStBl 1953 III 208.
5) G. Kuhn, Fs. Fischer, 359; O. Kuhn, 215.
6) 46ff, 50 (Tabelle); G. Winter, 28; Hansen, GmbH-Rdsch. 1981, 261.

Finanzierung und Investition. Unter den in der Einflußsphäre des Unternehmers liegenden Konkursursachen kommt mangelhaften Finanzierungen, die bei 18,3 % aller festgestellten Konkurse ausschlaggebend gewesen seien, eine überragende Bedeutung zu[1]. Diese Spitzenstellung begründet Rinklin[2] damit, daß "oft schon bei der Gründung des Unternehmens schwerwiegende Finanzierungsfehler begangen werden, die meist auf einer Unterschätzung des Eigenkapitalbedarfs beruhen und früher oder später zu einem starken Mißverhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital, sowie zwischen lang- und kurzfristigem Fremdkapital führen"[3].

Damit stellt sich die Unterkapitalisierung wegen der Beeinträchtigung der Kreditwürdigkeit des Unternehmens als eine besonders ausgeprägte Konkursgefahr dar[4].

---

1) Rinklin, 50 (Tabelle), 51.
2) Rinklin, 50 (Tabelle); im Grundsatz übereinstimmend; Preyer, KTS 1966, 88f.; Doehring, KTS 1969, 48f.; G. Winter, 28; Hansen, GmbH-Rdsch, 1981, 261.
3) Rinklin, 51; Ende Dezember 1980 betrug der gesamte Bestand der GmbH 255940 mit einem Stammkapital von DM 99,1 Mrd. Etwa 60 % der 255940 GmbH weisen nur ein Mindeststammkapital von DM 20.000.-- auf (Wirtschaft und Statistik, Heft 6, 1981, 400f.; Strobel, BB 1981, 1744).
4) vgl. Reuter, in: Münchner Kommentar, Rdn. 24; G. Winter, 28ff.

Bei zu schwacher Eigenkapitaldecke hat jede Verzögerung der vorauskalkulierten Umsatzgeschwindigkeit eine Gefährdung der Zahlungsfähigkeit des Unternehmens zur Folge[1]. Dabei kommt eine Überbrückung der unzulänglichen Eigenkapitalausstattung durch einen Bankkredit nicht mehr in Betracht, wenn das Eigenkapital nicht mehr das Anlagevermögen deckt[2]. Falls diese Mängel nicht durch günstige Ertragsaussichten ausgeglichen werden, ist die Zahlungsunfähigkeit unvermeidlich[3]. Derselbe Mechanismus kommt bei der von der Unterkapitalisierung ausgehenden Gefahr der Überschuldung zum Zuge[4]. Mangels einer Abdeckung der Risiken durch den Abschluß von Versicherungen bedarf es eines Eigenkapitalpolsters, welches die notwendige Pufferfunktion[5] erfüllt. Falls das Eigenkapital den Risiken inadäquat ist, kann es bei der ersten Konkretisierung eines der Risiken zu einem Verlust kommen, der über die Aufzehrung des Eigenkapitals hinaus auch auf das Fremdkapital nachhaltige Auswirkungen hat und die Überschuldung nach sich zieht[6]. Angesichts der Tatsache, daß die Finanzierungsprobleme die deutlich häufigsten Konkursursachen ausmachen, gebietet es der Gläubigerschutz, mit der Unterkapitalisierung für den Fall des Konkurses Rechtsfolgen zu verbinden, die sich einerseits in präventiver Richtung als Antrieb zur Verhinderung einer Unterkapitalisierung und zum anderen in repressiver Richtung als eine Ergänzung der ansonsten ungenügenden Haftungsbasis im Konkursfalle darstellen. Freilich wirft eine Konzipierung solcher Rechtsfolgen Probleme der Harmonisierung mit dem Grundsatz der beschränkten Haftung auf[7]

---

1) vgl. Kamm, 36; G. Winter, 29.
2) zur unverminderten Bedeutung dieser in der Theorie umstrittenen "goldenen Bilanzregel" für die Bankpraxis, Härle, 109m 130ff.
3) vgl. G. Winter, 29; Hansen, GmbH-Rdsch. 1981, 261.
4) zu dieser Gefahr, G. Winter, 29; Kamprad, 1. Aufl., 2, Fn. 3; Wüst, 29; G. Kühn, 123f.
5) dazu insb. Maul, BB 1969, 309; Kalter, KTS 1970, 275.
6) s. auch G. Winter, 29f.
7) vgl. G. Winter, 30, 128ff.

b) Verbreitung der Unterkapitalisierung

Bei keiner Branche erreicht der Anteil des Eigenkapitals am Gesamtkapital (sog. Eigenkapitalquote), gemessen am Zentralwert[1] tatsächlich 50 %, wie es dem Erfordernis eines Eigen-Fremdkapitalverhältnisses von 1 : 1 genügen würde[2]. Wie Wöhe[3] dargestellt hat, muß nach der sog. vertikalen Kapitalstrukturregel das Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital 1 : 1 betragen. Das Verhältnis von Fremd- zu Eigenkapital wird bei der Bilanzanalyse durch den sog. Verschuldungskoeffizienten dargestellt: V = Fremdkapital ./. Eigenkapital x 100. Die Begründung für diese Vertikal-Regel ist gewöhnlich das Erfordernis einer Parität zwischen den Finanzierungsbeiträgen des Unternehmenseigentümers und der Unternehmensgläubiger[4].

Die höchste Eigenkapitalquote, die überhaupt eine Branche dem Zentralwert nach erreicht, beträgt 37,5 %. Nur zwei Branchen überschreiten eine Eigenkapitalquote von 33,3 %, die als Faustregel der Praxis gilt und einem Eigenkapital zur Fremdkapitalverhältnis von 1 : 2 entspricht[5].

Legt man eine enge Fassung der goldenen Bilanzregel zugrunde, so sollte das Anlagevermögen mit Eigenkapital finanziert sein[6]. Das ist in lediglich sechs von siebzehn Branchen gegeben[7].

---

1) Der Zentralwert der Kapitalquoten sei der Wert, der in einer nach Größe der Kapitalquoten geordneten Reihe in deren Mitte liegt. Er sei nicht zu verwechseln mit dem arithmetischen Mittel der Kapitalquoten (G. Winter, 31, Fn. 44).

2) vgl. G. Winter, 31.

3) Wöhe, 721; vgl. auch Mellerowitz, 131; Nowak, 719; aber im Zusammenhang mit der Finanzierung des Leasings, s. Erlinghagen, Fs. Kaufmann, 146.

4) vgl. Wöhe, 146.

5) vgl. G. Winter, 31f.

6) Wöhe, 728.

7) vgl. G. Winter, 32.

Im Ergebnis ist ferner festzustellen, daß die in der Theorie umstrittene, für die Praxis aber gleichwohl bedeutsame "Goldene Finanzierungsregel" von der ganz überwiegenden Mehrzahl der Branchen nicht erfüllt wird[1]. So belief sich die Eigenkapitalquote bei GmbH für das Jahr 1976 auf 24,7 %[2]. Daher ist zu befürchten, daß die Finanzierungsmängel bei längerem Andauern der Rezession zu deutlichen strukturellen Folgen führen[3]. Für eine genaue Bestimmung der Verbreitung der Unterkapitalisierung bei den deutschen GmbH bedarf es einer umfassenden Analyse unter Einbeziehung insb. des Anteils der lang- und der kurzfristigen Verbindlichkeiten unter den Fremdmitteln, ferner der unterschiedlichen Anlageintensitäten, der unterschiedlichen konjunkturellen Gegebenheiten sowie auch der Zukunftsaussichten der Branchen[4]. Aus statistischen Daten Hansens[5] ist zu entnehmen, daß die Struktur der Finanzierung bei der GmbH im Schnitt gegenüber der bei Personengesellschaften und Einzelkaufleuten durchaus solider ist. Die unterschiedlichen Rechtsformen bedingen keinesfalls notwendige Unterschiede in

---

1) Töndury-Gsell (Finanzierungen, 37) formulieren die goldene Finanzierungsregel folgendermaßen: "Zwischen der Dauer der Bindung des Vermögensmittels, also der Dauer des einzelnen Kapitalbedürfnisses, und der Dauer, während welcher das zur Deckung des Kapitalbedürfnisses herangezogene Kapital zur Verfügung steht, muß Übereinstimmung herrschen. Dieser Grundsatz ist als Mindestanforderung in dem Sinne zu erheben, als das Kapital nicht kürzer befristet sein soll, als das Vermögensmittel benötigt wird", zitiert nach Wöhl, 724ff; G. Winter, 32.
2) Hansen, GmbH-Rdsch. 1981, 261.
3) G. Winter, 32; Hansen, GmbH-Rdsch. 1981, 261.
4) vgl. den Überblick bei Angermann, 118ff.; G. Winter, 33.
5) Hansen, GmbH-Rdsch. 1981, 261; ders., GmbH-Rdsch. 1979, 241ff; Das Deckungsverhältnis ist bei der GmbH in elf von siebzehn Branchen günstiger, in einer Branche gleich und nur in fünf Branchen unterlegen (G. Winter, 34).

der Finanzierungsstruktur[1], wohl aber die unterschiedlichen Wirtschaftszweige[2]. Bei einer Kapitalgesellschaft werden die Eigenmittel aus dem Grundkapital und den offen ausgewiesenen Reserven gebildet. Bei einer Mindestausstattung eines Unternehmens mit (bis zur Novelle von 1980) 25 000 DM kann nicht ernsthaft erwartet werden, daß ein größeres Geschäftsvolumen ohne den Einsatz von Eigenmitteln als Sicherheit finanziert werden kann[3]. Dabei ist die Kreditwürdigkeit die primäre Voraussetzung für die Erweiterung des Fremdkapitals. Für deren Prüfung kommt es auf folgende Punkte an: "Vermögens- und Kapitalverhältnisse, Rentabilität, Ausstattung mit Produktionsfaktoren sowie konjunkturelle und branchenmäßige Entwicklung"[4]. Die Rechtsform eines Unternehmens ist für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit ohne Bedeutung[5].

---

1) Eigenkapitalmittel in Prozent der Bilanzsumme (Aufgliederung nach Rechtsform für das Jahr 1976)

	GmbH	AG	Personengesellschaften	Einzelkaufleute
Unternehmen insgesamt	24,7	31.3	19.9	19.7
(darunter)				
Verarbeitendes Gewerbe	27.3	30.4	23.0	24.2
Baugewerbe	11.7	7.3	8.7	8.8
Großhandel	14.4	18.3	18.6	21.2
Einzelhandel	27.0	23.7	23.0	22.0

2) Aufgliederung der GmbH nach Wirtschaftszweigen, s. Hansen, GmbH-Rdsch. 1981, 260.
3) Westermann, in Pro GmbH, 32; Hansen, GmbH-Rdsch. 1981, 261; Kalter, KTS, 1970, 270; zu den Vorteilen des Eigenkapitals, u.a., Niederste-Osthalt, 10f.; Krahnen, 44.
4) Hagenmüller, Kreditwürdigkeitsprüfung, in: Handwörterbuch der Finanzwirtschaft, 1224f; Hansen, GmbH-Rdsch. 1981, 261.
5) Hansen, GmbH-Rdsch. 1981, 261.

Wenn auch die ständige Abnahme der Eigenkapitalquote bei den deutschen Unternehmen zu einer teilweisen Vergrößerung des Finanzierungsspielraumes geführt hat, so bildet doch nach wie vor die branchenübliche Ausstattung der Unternehmen mit Risikokapital eine entscheidende Beurteilungsgrundlage für den Kreditgeber. Das Finanzierungsrisiko wächst für das Eigenkapital mit dem steigenden Verschuldungsgrad[1]. Die Erhöhung der Eigenkapitalrentabilität durch Fremdfinanzierung von Investitionen, deren Gesamtkapitalrentabilität über dem Fremdkapitalzins liegt, wird als "Leverage-Effekt"[2] bezeichnet.

Freilich kann dieser Effekt auch negativ wirken. Der Vorteil einer Erhöhung der Eigenkapitalrentabilität durch kostengünstiges Fremdkapital verwandelt sich bei einem über der Gesamtkapitalrentabilität liegenden Fremdkapitalzins in einen heiklen Nachteil, geht doch dann die Eigenkapitalrentabilität um so stärker zurück, je höher der Prozentsatz des Fremdkapitals am Gesamtkapital ist[3].

---

1) vgl. Hansen, GmbH-Rdsch. 1981, 261.
2) "d.h. als Hebelwirkung zunehmender Verschuldung auf die Eigenkapitalrentabilität oder, anders formuliert als Abhängigkeit der Eigenkapitalrentabilität von der Gesamtkapitalrentabilität, dem Fremdkapitalzinssatz und dem Verhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital, d.h. dem Verschuldungsgrad" (Wöhe, 722); vgl. auch Hax u. Laux, 26.
3) vgl. Wöhe, 722; Hansen, GmbH-Rdsch. 1981, 261.

c) Gefahren der Unterkapitalisierung

Im Falle der Unterkapitalisierung kann das Eigenkapital die Pufferfunktion nicht mehr in vollem Umfang erfüllen. Dies ist die Hauptgefahr[1] jeder Form der Unterkapitalisierung, weil schon relativ geringe Verluste zur Überschuldung der Gesellschaft führen können. Die Kapitalknappheit, und damit eine Steigerung des Verlustrisikos und eine drohende Illiquidität können allerdings vermieden werden, wenn die Gesellschafter selbst die benötigten Finanzmittel der Gesellschaft als Darlehen zur Verfügung stellen, oder Darlehen von Dritten in einem erforderlichen Maße absichern[2]. Bei der nominellen Unterkapitalisierung drohen jedoch andere Gefahren, die auf der Doppelstellung der Gesellschafter begründet sind. Die Gesellschafter haben bei ungünstigem Gang der Geschäfte die Möglichkeit ihre formale Rechtsstellung als Gläubiger auszunutzen, und sich aus den letzten freien Aktiva zu befriedigen, was in aller Regel den Konkurs zur Folge hat[3]. Entsprechendes gilt, wenn die Gesellschafter Dritte zur Darlehensgewährung durch Stellung persönlicher Sicherheiten veranlaßt haben[4]. Die aus der nominellen Unterkapitalisierung resultierenden Gefahren treffen einmal Dritte, die bereits Gläubiger der Gesellschaft sind, weil sie dieser bereits Kredite gewährt haben. Weiterhin werden andere potentielle Gläubiger gefährdet, weil sie

---

1) zu den Gefahren der Unterkapitalisierung auch Höper, 63ff.; Höll, 89ff.; Wüst,6f.
2) Ulmer, Fs. Duden, 670, 67ff.; ders., in: Hachenburg, Rdn. 12; Höper, 64.
3) Immenga, GmbH-Rdsch. 1970, 127; Ulmer, Fs. Duden, 673f.
4) Barz, GmbH-Rdsch.1963, 127; Ulmer, Fs. Duden, 675.

zur Aufnahme einer Geschäftsbeziehung in einer Größenordnung veranlassen werden, die sie sonst nicht getätigt hätten. Die Gesellschaft kann durch den Umfang ihrer Aktivitäten nach außen leicht den Eindruck erwecken, ihre finanzielle Basis sei gesund, da sie mit genügend Eigenkapital ausgestattet sei. Aus diesem Grunde sei sie auch in einer erhöhten Weise kreditwürdig[1]. Hierbei wird für die Gläubiger nicht erkennbar, daß das sog. "Pufferkapital" fehlt, wodurch schon bei geringen Verlusten eine Überschuldung eintreten kann. Von dieser Gefahr werden vor allem die Kleingläubiger berührt. Im Gegensatz zu den Großgläubigern erhalten sie regelmäßig keinen Einblick in die Bilanzen, sondern müssen sich auf den äußeren Eindruck verlassen. Die Großgläubiger hingegen können in Kenntnis der Bilanzen - sofern sie überhaupt zur Darlehensgewährung bereit sind - ihre Risiken durch Brügschaften absichern lassen, sofern sie aus einem besonderen Interesse an der Gesellschaft heraus ein Darlehen gewähren[2].

Sind bei der tatsächlichen Unterkapitalisierung die Gesellschafter nicht bereit oder in der Lage, der Gesellschaft eigene Kredite zu leisten oder Fremdkapitalgeber persönlich zu sichern, wird zudem das Verlustrisiko gerade wegen der durch die Unterkapitalisierung bedingten Illigquidität deutlich erhöhe. Dafür ist vor allem ausschlaggebend, daß Kredite von vorsichtigen Kreditgebern kaum ohne dingliche oder schuldrechtliche Sicherheit gewährt werden[3]. Beinahe ausgeschlossen dürfte es dagegen für unterkapitalisierte Gesellschaften sein, am freien Kreditmarkt Darlehen aufzunehmen, wenn die Eigenkapitaldecke bei Investitionskrediten nicht einmal zur Abdeckung der Übersicherung genügt, oder die Darlehen sogar lediglich zur Deckung der laufenden Kosten verwendet werden, sie also - ohne Schaffung unmittalbarer neuer Realwerte - völlig aus freiem Vermögen gesichert werden müssen.

---

1) Rokas, ZHR 128, 300; Woeste, GmbH-Rdsch. 1959, 131; Reinhardt, Fs. Lehmann, 591.
2) Sei es, daß die Darlehensgeber einen beherrschenden Einfluß auf die Gesellschaft gewinnen wollen, sei es, daß die Gesellschafter ohnehin nur als Strohmänner vorgeschoben waren. (Höper, 64).
3) Löhlein, Fs. Scherpf, 364; Höper, 63.

II. Die Rechtsprechung zur Unterkapitalisierung

Die normale Unterkapitalisierung der GmbH wurde sowohl von den Lehren als auch von den Gerichten als wichtiger Grund für eine Durchgriffshaftung[1] angesehen. Daher wurde eine Verbindlichkeit der Gesellschaft als eine der Gesellschafter behandelt, und damit die Verschiedenheit der Rechtspersönlichkeit von Gesellschafter und Gesellschaft vernachlässigt. Diese Verschiedenheit bedeutet einerseits, daß den Gesellschaftsgläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet[2], andererseits, daß Gesellschaft und Gesellschafter als unterschiedliche Rechtspersönlichkeiten mit jeweils eigenen Rechten und Pflichten anzusehen sind[3], und zwar unabhängig von der Gesellschafterzahl[4]. Mit einer grundlegenden Entscheidung von 1920[5] wurde eine neue Epoche in der Rechtsprechung eingeleitet, und in der Folgezeit sind in der Rechtsprechung vielfach Ausnahmen von dem im Grundsatz aufrechterhaltenen Trennungsprinzip zugelassen worden[6]. Zurückgegriffen wurde hierbei auf Argumentationsfiguren wie z.B. "Natur der Sache"[7], "die Wirklichkeit des Lebens, die wirtschaftlichen

---

1) Zur Bestimmung des Begriffes des Haftungsdurchgriffs bzw. des synonym gebrauchten Begriffes der Durchgriffshaftung vgl. auch Winkler, BB 1969, 1203; Erlinghagen, GmbH-Rdsch., 1962, 169f.; Unger, KTS 1959, 63; G. Winter, 61; dagegen Wilhelm, in: Rechtsform und Haftung, insb. 285ff.
2) Vgl. Schilling, JZ 1953, 161; Kreifels, GmbH-Rdsch. 1956, 82.
3) Schilling, in: Hachenburg § 13 Anm. 1, 2, 3.
4) Mertens, in: Hachenburg § 13 Anh. 1.
5) RGZ 99, 234; Otto Schreiber kommentiert: So bedauerlich dieser gesetzeswidrige Standpunkt des bekannten "Freirechts-Senates" ist, so zeigt doch auch dieses Urteil die Berechtigung der hier vertretenen Ansicht. Es war nicht nötig, mit Berufung auf das praktische Leben über die juristische Konstruktion zur Tagesordnung überzugehen. Denn die zutreffende Konstruktion hätte gezeigt, daß auch hier die von der Revision entwickelte Theorie die Grenzen verlassen hatte, in denen sich der Individualisierungswert der GmbH bewegt (in: Kommanditgesellschaft, 35).
6) vgl. die Analyse der Rechtsprechung bei Siebert, BB 1954, 417ff.; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 49ff.; G. Winter, 61ff.; Schanze, 68ff.; Kategorisierung der Urteile durch Serick, der die Durchgriffsfälle zunächst in Mißbrauchssachverhalte und Normanwendungstatbestände unterteilt (Durchgriffsprobleme, 4).; Mertens in Hachenburg, § 13 Anh. 1.
7) RGZ 103, 64 (66): "Wo man mit der Konsequenz anfängt, sich mit der Natur der Sache zu versündigen, und das Rechtsverhältnis geradezu verfälscht".

Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen"[1] sowie "auf Treu und Glauben"[2].

Anders als bei der nominellen Unterkapitalisierung ist die Durchgriffshaftung der maßgeblichen Gesellschafter bei materieller Unterkapitalisierung, bei der die Rechtsprechung dieser These deutlich zurückhaltender gegenüber steht[3]. Die meisten Entscheidungen sehen die Ausfallhaftung der Gesellschafter bei materieller Unterkapitalisierung der GmbH als nicht gegeben an. Der BGH hat die Durchgriffshaftung bisher nur einmal beim Siedlerverein-Fall[4] bejaht. In den übrigen Fällen hatte der BGH über die Möglichkeit der Durchgriffshaftung diskutiert, aber sie jedoch nie mehr bejaht worden[5]. Im Jahre 1977[6] führte der VIII Zivilsenat in einer wiederum die unterkapitalisierte GmbH betreffenden Entscheidung aus, daß der Umstand, daß eine GmbH, deren Alleingesellschafterin ebenfalls eine juristische Person ist, und die mit einem Stammkapital ausgestattet ist, das außer Verhältnis zu ihrem satzungsmäßigen Zweck steht, weder für sich allein, noch dann ohne weiteres einen Haftungsdurchgriff gegen die Alleingesellschafterin rechtfertige, wenn die GmbH finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in

---

1) RGZ 129, 50 (53f.): Zu entscheiden steht, ob die Aufwertungsgesetzgebung sich auf die Vermögensverhältnisse der GmbH oder des Alleingesellschafters bezieht. Das Gericht betrachtet den Verweis auf die Selbständigkeit der notleidenden GmbH durch den vermögenden Gesellschafter zur Erreichung eines günstigeren Aufwertungsmaßstabes als "Umgehung des Gesetzes" und als "Verhinderung einer angemessenen Aufwertung"; vgl. Schanze; 70.

2) RGZ 169, 240 (248f.)

3) Wiedemann, Gesellschaftsrecht, 570f.; Gersch/Hergert/Marsch/Stützle, 124f.; vgl. auch Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 49ff.; G. Winter, 63ff.; Höper, 74ff.

4) BGHZ 54, 222ff.

5) BGHZ 22, 226, 231; 31, 258, 271; 68, 312, 316; BGH WM 1961, 1103, 1105.

6) BGHZ 68, 312 = NJW 1977, 1449 m. Anm. Schmidt = NJW 1977, 2163 m. Anm. Emmerich = GmbH-Rdsch., 1977, 198ff.

diese eingegliedert ist[1].

Das OLG Karlsruhe[2] begründete den Haftungsdurchgriff auf den Alleingesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH aufgrund von Besonderheiten des Sachverhalts, sowohl mit dem Tatbestand der sittenwidrigen Schädigung, als auch mit dem Gesichtspunkt der Durchgriffshaftung.

Der BGH hat wiederum diese Problematik in dem Sinne geklärt, daß die Ausfallhaftung der Gesellschafter wegen Unterkapitalisierung bei Vorliegen subjektiver Voraussetzung aus § 826 BGB eintreten soll[3].

---

1) Leitsatz von BGHZ 68, 312. Diese Entscheidung hat in der Literatur erhebliche Kritik erfahren. So führt z.B. Emmerich aus: "Dem Urteil kann weder in der Begründung noch im Ergebnis zugestimmt werden" (NJW 1977, 2163). "Angesichts dessen verwundert es nicht, daß inzwischen auch schon der II Zivilsenat des BGH erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der hier kritisierten Entscheidung des VIII Zivilsenats geäußert hat" (NJW 1977, 2163; s. auch NJW 1977, 1683 = BB 1977, 1068). Ob eine so weitgehende Verneinung des Durchgriffs auf die Dauer auch die Billigung des II. Senats des BGH finden wird, mag es auch zweifelhaft sein.(Herber, GmbH-Rdsch., 1978,

2) WM 1978, 962ff.

3) in Bezug auf GmbH & Co., s. BGH BB 1979, 339, 340.

III. Die Lehre der Unterkapitalisierung

1. Einleitung

Wie es sich oben[1] gezeigt hat, fehlt der Rechtsprechung ein klares Konzept zur Lösung des Problems der Unterkapitalisierung. Vielmehr wurde vom BGH stets auf den Einzelfall mit seinen jeweils spezifischen Eigenarten abgestellt, so daß frühere Urteile nur mit aller Vorsicht herangezogen werden können[2]. Auch im Lufttaxifall[3] hat der BGH nur insweit Stellung genommen, als es zur Fallösung unbedingt notwendig war und die Gelegenheit einer endgültigen allgemeinen Klärung nicht genutzt. Das Schrifttum versucht demgegenüber die Unterkapitalisierungsfälle sachlogisch zu erfassen und übergeordnete Prinzipien herauszuarbeiten. Im folgenden sollen deshalb die in der Literatur vertretenen Ansichten zur persönlichen Haftung der Gesellschafter gegenüber Gläubigern einer unterkapitalisierten GmbH dargestellt und kritisch durchleuchtet werden, um so schließlich zu einer eigenen Lösung dieser Probleme zu gelangen. Nach der Lehre kann man die Gliederungsprinzipien hinsichtlich der Haftungsvoraussetzungen in fünf Gruppen unterteilen[4]. Die subjektive Mißbrauchslehre[5], die an die Durchgrifssterminologie von Serick[6] anknüpft, will "eine Haftung nur bei zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz der Gesellschafter eintreten lassen". Nach der Lehre von der Organisationsfehlerhaftung[7]

---

1) supra, 106ff.

2) BGH GmbH-Rdsch. 1961, 161; vgl. Höper, 92.

3) supra, 106ff.; BGHZ 31, 258ff.; vgl. BGH GmbH Rdsch. 1961,161.

4) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 36ff. hat dies in vier Gruppen unterteilt; vgl. G. Winter, 78ff.; Rexrodt, 28ff.; Höper, 92ff., Benne 9ff.

5) Calflisch, 256f.; Stauder, GmbH-Rdsch. 1968, 74; Kamm, 153ff.; Bauschke, BB 1975, 1324; Westermann, in: Vertragsrecht, 301.

6) Rechtsform und Realität juristischer Personen, 1955; Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen unter Berücksichtigung von Organs- und Konzernverhältnissen, 1959.

7) Erlinghagen, GmbH-Rdsch. 1962, 169; Reinhardt, Fs. Lehmann, 576; G. Kuhn, Fs. Heusinger, 203.

soll dagegen "eine Haftung der maßgeblichen Gesellschafter auch ohne Schädigungsvorsatz schon dann eingreifen", wenn es diese unter Verstoß gegen ungeschriebene Ordnungsgrundsätze unterlassen haben, die Gesellschaft mit angemessenem Eigenkapital auszustatte". Die Lehre von der Erklärungshaftung[1] leitet eine Einstandspflicht für die Schulen der GmbH daraus ab, "daß die Gesellschafter durch das Betreiben der GmbH konkludent erklären, sich redlich zu verhalten und im Fall einer Unterkapitalisierung persönlich für die GmbH-Verbindlichkeiten einzustehen". Die Lehre vom objektiven Normzweck[2] geht im Kern davon aus, daß der Gesetzgeber eine angemessene Risikoverteilung zwischen Gesellschaftern und GmbH-Gläubigern bezweckt. Dies soll sich im Detail aus der Funktion des GmbH-Kapitals als Haftungsfonds für die Gläubiger und den ausgeprägten Kapitalsicherungsvorschriften des GmbH-Rechts ergeben. Die unterkapitalisierte GmbH widerspräche somit diesem mit den Rechtsform verfolgten Normzweck. Im Gegensatz zur Durchgrifsshaftung entwickelt Wilhelm[3] neuerdings eine Lehre der Organhaftung. Diese Haftung ist eine Sorgfaltshaftung der eine organschaftliche Position innehabenden Gesellschafter gegenüber der GmbH als selbständiger juristischer Person.

Dagegen verneinen einige Autoren[4] das Bedürfnis des besonderen Haftungstatbestandes bei Unterkapitalisierung, weil sie die Vorschriften über die Kapitalaufbringung und -erhaltung des GmbH-Gesetzes im Zusammenhang mit der Generalklausel des § 826 BGB für den Gläubigerschutz als ausreichend ansehen. Die Mehrzahl der Vorschläge geht hinsichtlich der Haftungsfolgen von einer

---

1) Erman, KTS 1959, 129.

2) O. Kuhn, Wiedemann, Winkler, Immenga, Ulmer, Mertens, Lutter-Hommelhoff, Kübler.

3) Wilhelm, in: Rechtsform und Haftung, insb. 285ff.

4) Ballersted, GmbH-Rdsch. 1967, 66; Hofmann, NJW 1966, 1941; Kreifels, GmbH-Rdsch. 1956, 81; Unger, KTS 1959, 33; Wolany, ZHR 129 (1967), 337f.

"unbeschränkten persönlichen Ausfallhaftung"[1] der Gesellschafter aus, die beim finanziellen Zusammenbruch der GmbH zum Zuge kommt. Andererseits gibt es im Schrifttum auch bei den zur objektiven Normzwecklehre zu rechnenden Autoren die Auffassung, daß die Gesellschafterhaftung "auf die Differenz zwischen angemessenem und tatsächlich eingesetztem Gesellschaftskapital" beschränkt werden sollte[2].

2. Die Lehre von der Erklärungshaftung

a) Der Erklärungsansatz nach Erman

Erman[3] versucht die Haftung des Hintermannes bei einer unterkapitalisierten Kapitalgesellschaft über die Lehre von der Erklärungshaftung zu lösen. Erman geht davon aus, daß aus der gesetzlich anerkannten Trennung zwischen dem Vermögen der juristischen Person und dem Vermögen der hinter ihr stehenden Personen keine der Gerechtigkeit grob widersprechenden Ergebnisse entstehen dürfen[4]. Danach hafte der Hintermann, "2eil und soweit er konkludent erklärt, sich in seiner Rolle als Hintermann redlich verhalten zu wollen"[5], konrekt, "er werde die Gesellschaft weder von Anfang an unterkapitalisieren, noch ihren Aufgabenkreis zu erweitern, daß er dem ursprünglich ausreichenden Kapital -oder einem verminderten Kapitelgegenüber zu groß werde, noch werde er auf Umwwegen der Gesellschaft das Kapital entziehen[6], noch Gesellschaftsvermö-

---

1) Kamm 169; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 66; ders. Fs. Duden, 679ff.; Wiedemann, in: Haftungsbeschränkung, 17f., 20f.; G. Kuhn, Fs. Heusinger, 209; Kübler, Gesellschaftsrecht, 239; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 208.

2) sog. Differenzhaftung, O. Kuhn, 217, 219ff.; Reinhardt, FS. Lehmann, 592; Winkler, BB 1969, 1205f.; Immenga, 410f.

3) KTS 1959, 129ff.

4) ibid. 130; vgl. Höper, 102.

5) ibid. 132; vgl. G. Winter, 78; Höper, 103; Rexrodt, 28.

6) z.B. durch einseitig ihm nützliche, der Gesellschaft schädliche Verträge (s. Erman, 132).

gen und eigenes Vermögen so vermischen, daß den Gläubigern kein klar abgegrenztes Haftungsobjekt zur Verfügung stehe"[1]. Erman[2] stützt diese Lösung auf die allgemeinen handelsrechtlichen Publizitätsgrundsätze in Erweiterung von §§ 5 und 15 HGB. In der juristischen Konstruktion handelt es sich bei der Erklärungshaftung nicht um einen Durchgriff, sondern um einen selbständigen, gesonderten Anspruch gegen den Gesellschafter[3].

Er räumt jedoch ein, "wer das Haftungstrennungs-Prinzip für so schwerwiegend hält, daß es nur in ausgesprochenen Mißbrauchsfällen durchbrochen werden dürfe, und wer durch das Konstruktiv hindurch wegen des Ergebnisses auch in der Erklärungshaftung eine Durchbrechung das Haftungstrennungs-Prinzip sieht, der wird die Erklärungshaftung ablehnen, und dasselbe wird tun, wer in der Haftung aus einseitigem Verhalten eine so eng umgrenzte Ausnahme sieht, daß er eine Erweiterung nicht für vertretbar hält. Für den Letztgenannten bleibt jedoch noch eine Möglichkeit offen, nämlich die Kombination einer Erklärung an 'wen es angeht" mit der Annahme dieser Erklärung nach § 151 BGB"[4]. Erman[5] sieht zwar, daß es naheliegt, gegen diese Konstruktion den Einwand der Fiktion zu erheben, insbesondere da auch ein Redlicher nicht schlechthin erklärt, er werde objektiv alles richtig machen. Dieser Einwand sei aber deshalb nicht erheblich, da der

---

1) Erman, 132, vgl. auch G. Winter, 78; Höper, 103.
2) Erman, 133; vgl. auch G. Winter, 78; Ulmer, in: Hachburg, Rd
3) Erman, 134; vgl. Kreifels, GmbH-Rdsch. 1956, 82; Hofmann, NJ 1966, 1943; G. Winter, 78.
4) Erman, vgl. KTS 1959, 134.
5) ibid.; vgl. Höper, 103f.

Redliche sich ohnehin bemühe, zu versuchen, das Spiel der Wirtschaft erhlich und sorgfältig mizuspielen. Außerdem komme es nicht darauf an, was der redliche Hintermann denke und wolle, sondern wie sein Verhalten von Dritten verstanden werden dürfe (§ 157 BGB). Wer für sich den Vorteil der Haftungsbeschränkung beansprucht, müsse eben auch hinnehmen, daß im Interesse des Drittschutzes das wirtschaftliche Postulat eines angemessenen Verhältnisses von Kapital und Betätigung als verpflichtender Rechtsgrundsatz in bestimmtem Umfang auch gegen ihn Wirkung enthalte.

b) Kritik

Die oben skizzierte Theorie von der Erklärungshaftung hat in der neueren Zeit keine Anhänger mehr gefunden und spielt daher in der aktuellen Diskussion kaum noch eine Rolle[1]. Problematisch ist, inwieweit der Hintermann, der sich mittels einer GmbH betätigt, hierbei mit Erklärungsbewußtsein[2] und Geschäftswillen handelt[3]. Andererseits kann dem Gedanken des Vertrauensschutzes bei der Erklärung an die Öffentlichkeit größeres Gewich zukommen als der Frage nach dem konkreten psychischen Hintergrund des Erklärenden[4]. Entscheidend ist, daß letztlich schon der objektive Erklärungstatbestand fehlt[5]. Aus dem Verhalten des Hintermannes, das hier allein im Betreiben der GmbH besteht, kann nun gerade kein Schluß auf das Vorhandensein eines auf rechtliche Wirkungen gerichteten Geschäftswillens gezogen werden[6].

---

1) dazu auch Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 42; Erlinghagen; GmbH-Rdsch. 1962, 172; Kamm 114f.; Kamprad, 1. Aufl., 57; O. Kuhn 230f.; Stauder, GmbH-Rdsch. 1968, 73f.; Westermann, 291f.; G. Winter, 84ff.; Höper, 103ff.

2) Kamm, 114; Kamprad, 1. Aufl., 57; G. Winter, 85.

3) Kamprad, 1. Aufl. 57; G. Winter, 85.

4) Erman, 132, Anm. 25; G. Winter, 85

5) s. auch O. Kuhn, 230f.; G. Winter, 85; Kamm, 114.

6) vgl. G. Winter, 85.

Hierbei ist zu berücksichtigen, daß Erman seine Lehre vor dem Hintergrund der Einmann-GmbH und der Haftung des "Hintermanns" entwickelt hat. Aber auch an diesen Sonderfällen wird das Verhalten des Hintermanns regelmäßig vom Rechtsverkehr nicht in dem von Ermann postulierten Sinne ausgelegt werden können, so daß eine entsprechende Haftung entfällt. Die allgemeine Ablehnung, die auf die Ermansche Lehre gestoßen ist, erfolgte demnach zu Recht und wird vom Verfasser geteilt.

3. Die Lehre von der Organisationsfehlerhaftung

a) Der Erklärungsansatz von Reinhardt

Die Lehre von der Organisationsfehlerhaftung feindet sich bei Reinhardt[2], der zunächst betonte, daß die deutsche Rechtsordnung den Gesellschaftern die Wahl hinsichtlich der Unternehmensaufgaben und der Höhe des Gesellschaftskapitals beläßt. Aber jeder, der sich durch Ausübung unternehmerischer Funktionen im Wirtschaftsleben betätigt, habe auch die mit dem Unternehmen verbundenen Risiken zu tragen. Jedenfalls würde es diesem Prinzip, dem als einem Leitprinzip der Verkehrswirtschaft die Bedeutung eines Bestandteils des ordre public zukomme, widersprechen, wenn der unternehmerische Nutzen zwar dem Unternehmer, die Risiken aber dem Verkehr, d.h. Dritten zufielen. Ein Unternehmen solcher Struktur würde mit den Ordnungsgrundsätzen dieser Wirtschaft nicht in Einklang stehen. Folgerechtig dürfe die Entscheidung für ein angemessenes Verhältnis zwischen Eigenkapital und Unternehmensrisiko von den Gesellschaftern nicht willkürlich gehandhabt werden.

---

1) Ulmer, in: Hachenburg, rdn. 42; Erlinghagen, GmbH-Rdsch. 1962; 172, Kamm, 114f.; Kamprad, 1. Aufl. 57; O. Kuhn, 230f.; Westermann, 291f.; Stauder, GmbH-Rdsch. 1968, 73f.

2) Fs. Lehmann, 576ff., insb. 589ff.; vgl. Ulmer in Hachenburg, Rdn. 40; Rexrodt, 30; Höper, 109ff.; G. Winter, 88f.

b) Der Erklärungsanstz von Erlinghagen

Erlinghaben[1] hat an die Lehre Reinhardts angeknüpft und die Ansicht vertreten, zur Begründung der Haftung der Gesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH sei auch der Gedanke der Organisationsfehlerhaftung im Bezug auf § 31 BGB heranzuziehen. Unter Anerkennung der eigenen Rechtspersönlichkeit der juristischen Person gehe die Rechtsordnung davon aus, daß diese in einer den Erfordernissen des täglichen Lebens entsprechenden Weise organisiert sei, d.h. für die GmbH, daß diese sich nach den Erfordernissen des Wirtschaftsverkehrs und des Unternehmenszwecks richtet[2]. Die Gesellschafterhaftung soll dann durchgreifen, wenn die Gesellschaft nicht mit angemessenem haftendem Eigenkapital ausgestattet ist, und dementsprechend das Unternehmensrisiko allein auf die Gläubiger der Gesellschaft abgewälzt wird. "Bei der Konkretisierung der Pflicht zu angemessener Eigenkapitalausstattung sei allerdings mit Rücksicht auf das bestehende Finanzierungsermessen der Gesellschafter ein vorsichtiger Maßstab geboten"[3]. Einen Organisationsfehler der Gesellschaft wird man deshalb auch nur dort annehmen können, wo das haftende Kapital der Gesellschaft eindeutig dem Grundsatz einer angemessenen Risikoübernahme durch die Gesellschafter nicht entspricht, d.h. in den Fällen einer offensichtlichen und erheblichen Unterkapitalisierung der Gesellschaft[4].

"Die Begrenzung des als Schuldner in Betracht kommenden Kreises der Gesellschafter ergebe sich aus der Verantwortlichkeit für den Oranisationsfehler"[5]. Es bleibt also nur noch

---

1) GmbH-Rdsch. 1962, 169ff.; insb. 171ff.; vgl. Höper, 111ff.; G. Winter, 88ff.; Rexrodt, 31; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 40.

2) Erlinghagen, GmbH-Rdsch. 1962, 172; Höper, 112; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 40.

3) Erlinghagen, GmbH-Rdsch. 1962, 172; vgl. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 40.

4) Erlinghagen, GmbH-Rdsch. 1962, 174; vgl. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 40.

5) ibid.

der Kreis der in diesem Sinne für eine Unterkapitalisierung verantwortlichen Personen abzugrenzen[1]. Bei anfänglicher Unterkapitalisierung sieht Erlinghagen[2] alle Gründer als für die Unterkapitalisierung verantwortlich an, "unabhängig davon, in welcher Höhe sie sich an der Gesellschaft beteiligten und ob sie wußten, daß das haftende Eigenkapital unzureichend war". Bei nachträglicher Unterkapitalisierung hält er nur den oder die Gesellschafter für verantwortlich, "die auf Grund rechtlicher oder tatsächlicher Möglichkeiten die Geschäftsführung der Gesellschaft maßgeblich bestimmen, die also in der Sache das Unternehmen betreiben, die sog. unternehmerisch aktiven Gesellschafter". Als Rechtsfolge hatte sich Reinhardt[3] für eine bloße Differenzhaftung "bis zur Höhe einer angemessenen Auffüllung des Haftungskapitals" ausgesprochen. Demgegenüber ist Erlinghagen[4] von einer persönlichen Haftung der als Schuldner in Betracht kommenden Gesellschafter ausgegangen[4]. Aber Erlinghagen selbst läßt inzwischen offen, "ob de lege lata das Erfordernis angemessener Risikoübernahme in der GmbH als allgemeines Prinzip anerkannt werden kann und gegebenenfalls welche konkreten Rechtsfolgen sich aus dem ableiten lassen"[5].

c) Der Erklärungsansatz von G. Kuhn, Wüst und K. Müller

Der Lehre von der Organisationsfehlerhaftung haben sich inzwischen einige Autoren angeschlossen, insbesondere im Sinne des Grundsatzes der Anerkennung einer Organisationspflicht hinsichtlich der Kapitalausstattung einer GmbH. Bei G. Kuhn[6] geht es

---

1) Erlinghagen, GmbH-Rdsch. 1962, 175; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 40.

2) Erlinghagen, GmbH-Rdsch. 1962, 175.

3) Fs. Lehmann, 592.

4) GmbH-Rdsch. 1962, 176.

5) Erlinghagen, Fs. Kaufmann, 143; vgl. auch Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 40.

6) Fs. Heusinger, 208f.

um einen Mißbrauch der Rechtsform der juristischen Person, wenn den Geschäftspartnern einer GmbH das Risiko für das Gelingen des Unternehmens dadurch zugeschoben werde, daß die Gesellschaft mit völlig unzureichendem Stammkapital betrieben werde. Alsdann liege ein Fehler in der Organisation der juristischen Person vor, für den ihre Mitglieder verantwortlich zu machen seien. Nach Prüfung dieses Maßstabes an einem BGH-Urteil[1] führt er weiter aus, daß das GmbH-Gesetz nicht vorschreibe, daß das haftende Kapital nach dem mutmaßlichen Kapitalbedarf der Gesellschaft zu bemessen sei. Aber hierbei könne es niemals darum gehen, die beschränkte Haftung, der GmbH-Gesellschafter zu beseitigen. Die beschränkte Haftung sei vielmehr der Ausgangspunkt für eine Inanspruchnahme wegen des mit der Unterkapitalisierung begangenen Organisationsfehlers.

Unter grundsätzlicher Anerkennung der Lehre von Erlinghagen und Reinhardt hat Wüst[2] darauf hingewiesen, daß sich die Anpassung des Hingabezwecks von Gesellschafterdarlehen auf das Prinzip des § 242 BGB stützen lasse, und daß parallel hierzu die Pflichten zu verkehrssicherem Verhalten und zu richtiger Organisation zu beachten seien. Wüst hat weiter ausgeführt, daß die in ihrem Ausmaß besonders gravierende Unterkapitalisierung für die Durchgriffsentscheidung Bedeutung habe[3].

K. Müller[4], auf den zur Finanzierungsfehlerhaftung immer mehr zurückgegriffen wird, faßt deren Begründung im Rahmen seiner Darlegung der Unterkapitalisierung bei Insolvenz so zusammen: „Die Beteiligten, die sich der Rechtsform der GmbH bedienen,

---

1) hierzu BGHZ 31, 258, 268.
2) Gläubigerschutz bei der GmbH, 19.
3) ibid. 32f.
4) ZHR 1975, 101, insb. 103ff.m.w.N.

müssen als verpflichtet angesehen werden, die GmbH während ihres Bestandes so zu gestalten, daß eine Schädigung der Gläubiger nicht eintritt. Dabei kann es keine Bedeutung haben, ob sich diese Ausgestaltung der GmbH auf die Finanzierung, das Rechnungswesen oder die Gestaltung der Investitionen bezieht. Die Verfassung der Gesellschaft muß sich in allen Bereichen in einem Zustand befinden, der die ordnungsgemäße Abwicklung der Gläubigerverbindlichkeiten gewährleistet. Dies ist letzten Endes das Gebot redlichen Verhaltens. Sobald sich im Konkurs herausstellt, daß eine Befriedigung der Gläubiger nicht erreicht wird, steht zunächst fest, daß die an der GmbH Beteiligten ihre Pflicht verletzt haben. Ihre persönliche Haftung muß die grundsätzliche Folge sein".

d) Kritik

Gegen die Lehre von der Organisationsfehlerhaftung ist grundsätzlich einzuwenden, daß sie eine positivrechtliche Normierung der grundsätzlichen Pflicht zur angemessenen Eigenkapitalausstattung der GmbH bereits voraussetzt, eine solche aber weder allgemein anzuerkennen, noch nach geltendem Recht zu begründen ist[1]. Abgesehen von den Schwierigkeiten der Ermittlung der angemessenen Kapitalhöhe zeigt dies schon ein Umkehrschluß zu einer Reihe von bestimmten Spezialgesetzen[2]. Dann kann aber die Unterkapitalisierung auch nicht als haftungsauslösender Organisationsfehler, der maßgeblichen Gesellschafter angesehen werden[3]. Wie oben festgestellt,

---

1) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 10, 41; Hofmann, NJW 1966, 1944 Kamm, 107, Sommenberger, NJW 1969, 2033ff.; Stauder, GmbH-Rdsch. 1968, 72; Winkler, BB 1969, 1204; Winter, 98ff.; Höper, 113; Rexrodt, 31.
2) § 10 KWG, § 2 KAGG, § 8 bzw. § 115 VAG; s. auch Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 10; Winter, 99 Fn. 214; Rexrodt, 31.
3) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 41;

kennt das geltende GmbH-Recht ein gleitendes Mindeskapital nicht, die Gesellschafter sind vielmehr in der Ausgestaltung der Haftungsgrundlage der GmbH grundsätzlich frei[1]. Etwas anderes ergibt sich selbst dann nicht, wenn man mit Reinhardt[2] zugrundelegt, daß es ein "Leitprinzip der Verkehrswirtschaft" für das angemessene Verhältnis von Eigenkapital und Unternehmensrisiko gebe. Ein solches Prinzip mag zwar bei der Ausfüllung von Generalklauseln nach Art der §§ 138, 242, 826 BGB wertvoll sein, seine Verletzung kann hier doch nicht zu Haftungsfolgen gegenüber jedem geschädigten Gläubiger führen[3]. Andernfalls wurde das Leitprinzip in seiner Funktion überfordert und zu einem bindenden Rechtsatz. Auch Erlinghagen[4] selbst scheint diese Bedenken zu teilen, weil nach ihm, obwohl er eine Rechtspflicht zur angemessenen Kapitalausstattung annimmt, nur bei offensichtlicher und erheblicher Unterkapitalisierung gehaftet werden soll, wobei er auf subjektive Momente wie Verschulden verzichtet[5]. Dies steht allerdings nicht mehr im Einklang mit dem dogmatischen Ansatz, weil der Organisationsfehler nicht daran liegt, daß die Gesellschafter mit der GmbH eine juristische Person gründen, sondern, daß sie sie mit zu wenig Eigenkapital ausstatten[6]. Ganz abgesehen davon vermag die Parallele zur Haftung der Gesellschaft für Organverschulden aus § 31 BGB ohnehin auch ansonsten nicht zu überzeugen[7].

---

1) s. supra, 1ff.; dazu auch Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 41.

2) Fs. Lehmann, 591, supra, 131.

3) vgl. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 10; Rexrodt, 31; Winter, 99 Fn. 214.

4) GmbH-Rdsch. 1962, 174, 175.

5) vgl. auch Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 41; Rexrodt, 31.

6) hierzu Winkler, BB 1969, 1204.

7) vgl. G. Winter, 98; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 10, 41, 43, 45.

4. Die subjektive Mißbrauchslehre

a) Der Erklärungsansatz von Serick

Serick versucht, ausgehend von dem Grundsatz "scharfer Scheidung zwischen Korporation und Mitglied, zwischen Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen der Gesellschafter"[1], eine Reduktion der umfangreichen Kasuistik und allgemeinen Kriterien, bei denen Vorliegen "ein Durchstoßen des Schleiers der Korporation zulässig sei"[2]. Serick untersucht die "Durchgriffsmöglichkeiten" beim "Mißbrauch" der Rechtsform der juristischen Personen innerhalb von drei möglichen Fallgruppen, nämlich die Fälle von Gesetzesumgehungen mit Hilfe einer juristischen Person[3], die Fälle von Vertragsumgehung und Vertragsverletzung[4] und schließlich die Fälle von sonstigen fraudulösen unlauteren Schädigungen Dritter mit Hilfe der juristischen Person[5]. Als Sonderproblem behandelt er die Mißachtung der Rechtsform der juristischen Person zugunsten der Verwirklichung eines gesellschaftsrechtlichen Normzweckes[6]. Vor allem wollte er dabei untersuchen, in welchen Fällen auf die hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen und deren Vermögen zurückgegriffen werden kann[7]. Er kommt zu dem Schluß, daß man die der juristischen Person eigene Trennung der Vermögensmassen nur dann überwinden dürfe, wenn die Rechtsform als solche von den Initiatoren objektiv und subjektiv mißbraucht worden sei. Er beschränkt also den

---

1) Rechtsform, 5, 27; vgl. Müller-Freienfelt, AcP 156, 522ff.; Kamm, 153ff; Höper, 119ff.; Benne, 9ff.; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 38.
2) Rechtsform; ders., NJW 1956, 896.
3) Rechtsform 17ff.
4) ibid. 32ff.
5) ibid. 42ff.
6) ibid. 104ff.
7) vgl. Müller-Freienfels, ACP 156 (1956), 524.

Durchgriff auf diese "allerseltensten"[1], "ganz außergewöhnlichen Einzelfälle"[2]. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei eine Ausdehnung der Durchgriffsfälle, die auf allgemeine Generalklauseln gestützt wird, abzulehnen[3]. "Die Rechtsform der juristischen Person darf nicht schon deswegen mißachtet werden, weil andernfalls der Zweck einer Norm oder objektive Zweck eines Rechtsgeschäfts nicht erreicht werden würde"[4]. "Das subjektive Element, das sich aus einer sinnvollen Auslegung der abgegebenen Willenserklärungen ergibt, hat somit für die Zulässigkeit der Mißachtung der Rechtsform der juristischen Person ausschlaggebende Bedeutung"[5]. "Eine Ausnahme von diesem Grundsatz muß aber dann gelten, wenn es sich um eine korporationsrechtliche Norm handelt, die von so grundlegender Bedeutung ist, daß ihr Zweck auch nicht mittelbar beeinträchtigt werden darf"[6].
Serick betont bei seinem Erklärungsansatz, daß die juristische Person einen Eigenwert als Rechtsinstitut habe, während man einer einzelnen Norm nur einen Zweckwert zusprechen könne[7]. Diesen Eigenwert erhalte das Rechtsinstitut durch die gesetzgeberische Grundentscheidung: "Der Gesetzgeber hat dadurch, daß er die

---

1) Serick, NJW 1956, 896.
2) Rechtsform 11.
3) ibid. 203; ders. NJW 1956, 896; s. auch Müller-Freienfels, AcP 156 (1956), 524ff.
4) Rechtsform, 208.
5) ibid. 38.
6) ibid. 208; s. auch Müller-Freienfels, AcP 1956, 525.
7) Rechtsform, 24; vgl. auch Benne, 11.

juristische Person in einer bestimmten Form geschaffen und ausgestaltet hat, schon selbst eine Wertabwägung vorgenommen. Sie soll in dem Bereich, für den sie geschaffen worden ist, als vollwertiges Rechtssubjekt geachtet werden"[1].

Diese Wertentscheidung zugunsten eines Eigenwertes impliziert konsequenterweise, daß die "Beseitigung des Trennungsprinzips" nur in eng begrenzten Ausnahmen möglich ist. Eine derartige Ausnahme ist nach Serick nur dann gegeben, wenn die juristische Person "zu unlauteren Zwecken mißbraucht wird"[2]. Bei diesem Erklärungsansatz der subjektiven Mißbrauchslehre unterscheidet Serick zwischen dem individuellen und dem institutionellen Rechtsmißbrauch[3]. Wird die juristische Person von ihren Mitgliedern subjektiv mißbraucht, so nimmt auch die an sich bestehende Haftungsbeschränkung quasi subjektivrechtliche Qualität an[4]. Unter Durchgriffsgesichtspunkten behandelt Serick die Unterkapitalisierung nicht allgemein, sondern beschränkt sich auf die Behandlung von Gesellschafterdarlehen[5].

b) Der Erklärungsansatz von Kamm

Die subjektive Mißbrauchslehre im einzelnen entwickelt zu haben ist der Verdienst von Kamm[6].

---

1) Serick, Rechtsform, 24; vgl. auch Benne, 11.
2) Serick, Rechtsform, 24; vgl. Benne, 12.
3) Benne, 12.
4) Rechtsform, 27; vgl. Benne, 12.
5) Rechtsform, 45f., 52 Fn. 3, 205, 207.
6) Kamm, 153ff., insb. 159; Stauder, GmbH-Rdsch. 1968, 74; Westermann, 293ff., 301.

Er betont insbesondere, daß nur die subjektive Mißbrauchslehre das Gesellschafterdarlehen-Problem lösen kann. Andere Ansätze würden mögliche sachgerechte Ergebnisse erheblich auf Kosten der Rechtssicherheit erzielen. Um diese Konsequenz zu vermeiden, fordert Kamm, daß zusätzlich zu den objektiven Tatbestandsmerkmalen auch ein subjektives Verhalten der Gesellschafter vorliegen muß, das zu einer Schädigung der Gesellschaftsgläubiger führte. Erst ein Nachweis der subjektiven Seite rechtfertigt einen Durchgriff auf die Gesellschafter[1].
Kamm hat aber auch erkannt, daß eine Lehre, die die persönliche Inanspruchnahme von Gesellschaftern unterkapitalisierter Gesellschaften nur dort für möglich hält, wo über das Vorliegen objektiver Tatbestandmerkmale der Unterkapitalisierung hinaus auch subjektive Voraussetzungen auf Seiten der Gesellschafter erfüllt sein müssen, unvollständig wäre, würde sie keine Aussagen darüber enthalten, worin dieses subjektive Verhalten im Einzelfall zu sehen ist. Die Gesellschafter können bei der Gläubigerschädigung mit Absicht, mit dolus directus oder mit dolus eventualis gehandelt haben[2]. Kamm[3] hat weiterhin darauf hingewiesen, daß die Durchgriffshaftung im Sinne seiner Lehre noch weiterer Abgrenzungen bedürfe, wollte man nicht das Grundprinzip der Beschränkung der Haftung bei einer juristischen Person weiter einschränken. Abgrenzungen sind sowohl bei dem haftenden Personenkreis als auch hinsichtlich des Umfangs der persönlichen Inanspruchnahme (sog. Differenzhaftung)[4] möglich. So können in Einzelfällen bei einem Gesellschafter die subjektiven Voraussetzungen gegeben sein, ohne daß ein Durchgriff angezeigt sei, weil dieser weder rechtlich noch tatsächlich Einfluß auf die Kapitalstruktur der Gesellschaft gehabt habe.

---

1) Kamm, 153.
2) ibid. 159.
3) ibid. 167ff.
4) ibid. 168f.

G. Kuhn[1] ist auch der Auffassung, daß sie die Durchgriffshaftung nur mit einem Mißbrauch der Rechtsform der GmbH begründen lasse. Als Rechtsfolge des Formenmißbrauchs werde die GmbH-Haftung auf die Gesellschafter als Durchgriffshaftung ausgedehnt. Es werde also anders als bei § 826 BGB kein selbständiger Anspruch gegen die Gesellschafter begründet. Dies hätte die weitere Folge, daß die GmbH-Gläubiger auch vertragliche Nebenansprüche gegen die Gesellschafter geltend machen können. Im Zivilprozeß erlangt ein negatives Feststellungsurteil gegen die Gesellschaft Rechtswirkung auch im Zweitprozeß beim Durchgriff auf den Gesellschafter[2].

c) Kritik

Die subjektive Mißbrauchslehre gestattet den Haftungsdurchgriff, wenn den Gesellschaftern die Unterkapitalisierung bewußt war und sie mit der Möglichkeit einer Gläubigerschädigung rechneten[3]. Diese Auffassung ist abzulehnen, denn sie ist nicht mit der Erkenntnis zu vereinbaren, daß die Unterkapitalisierung als solche keinen (Instituts-)Mißbrauch darstellt[4]. In diesem Zusammenhang geht es allerdings nicht um die Frage, ob die Verwendung der Rechtsform der GmbH nach § 242 BGB zulässig ist, wenn eine solche Verwendung dem von der Rechtsordnung verfolgten Zweck widerspricht und so objektiv mißbräuchlich ist.

---

1) Fs. Fischer, 353ff.
2) Serick, Durchgriffsprobleme, 24f.; Kamm, 161ff.; vgl. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 38.
3) grundlegend Müller-Freienfels, AcP 156, 537; Beitzke, JZ 1956, 40; Immenga, 407; Reuter, in: Münchner Kommentar, Rdn. 39; Mertens, in: Hachenburg, Rdn. 41ff.; Rehbinder, 90ff., 103ff. m.w.N.
4) ablehnend Erlinghagen, GmbH-Rdsch. 1962, 172; Erman, KTS 1959, 129f.; Immenga, 407; O. Kuhn, 209; Reinhardt, 587; Ulmer, in: Hachenburg, 39; Winter, in: Scholz, § 13, Rdn. 44.

Entscheidend ist vielmehr, ob wegen der Unterkapitalisierung die Berufung der Gesellschafter auf den § 13 II ausscheidet, denn dieser ist mit der Rechtsform der GmbH als eine juristische Person nicht notwendig verbunden[1]. Die Frage kann letztlich nicht durch subjektive Kriterien wie dem Schädigungsvorsatz entschieden werden[2]. Vielmehr ist auf den Rechtsformenmißbrauch abzustellen. Eine solche institutionelle Betrachtung geht von objektiven, am Normzweck ausgerichteten Kriterien aus, ebenso wie die in vieler Hinsicht vergleichbare Umgehungslehre[3]. Eine auf die vorsätzliche Schädigung abstellende Mißbrauchslehre, ist aber im Fall der Unterkapitalisierung auch deshalb ungeeignet, weil sie sich denselben Praktikabilitätseinwänden aussetzt, wie der Rückgriff auf § 826 BGB[4]. So ist es beispielsweise nach Drobnig[5] eine bloße Frage des juristischen Geschmacks, ob als Rechtsgrundlage des richterlichen Haftungsdurchgriffs § 826 BGB oder aber die allgemeinen Rechtsgedanken des Mißbrauchs der Haftungsbeschränkung oder der Rechtspersönlichkeit anzusehen sind.

---

1) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 39; Müller-Freienfels, AcP 156; 528; ebenso Wiedemann, in: Haftungsbeschränkung, 16.
2) vgl. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 39.
3) dazu Müller-Freienfels, AcP 156, 536.
4) vgl. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 34.
5) Drobnig, Haftungsdurchgriff, 94f.

5. Normzwecklehre

a) Einleitung

Der Begriff Normzwecklehre[1] umfaßt eine Reihe weiterer Lösungsansätze. Wenn sich auch im einzelnen hinsichtlich Voraussetzungen und Umfang der Haftung Unterschiede ergeben, so ist allen Ansätzen doch eines gemeinsam. Alle Lehren verzichten auf nur subjektive Anforderungen wie vorsätzliche oder fahrlässige Gläubigerschädigung sowie auf Rechtsscheinsgesichtspunkte. Demnach knüpfen sie die Haftung allein an das objektive Mißverhältnis zwischen erforderlichem und tatsächlichem Haftungskapital der GmbH. Im einzelnen lassen sich folgende Variationen dieser Lehre unterscheiden[2].

b) Der Erkärungsansatz von O. Kuhn

Den ersten Ansatz begründete O. Kuhn[3], der auf den Normzweck der Vorschriften über Kapitalaufbringung und -erhaltung Bezug nahm. Er stützte sich hierbei auf das von Serick entwickelte Durchgriffskonzept und seiner Ausrichtung am Normzweck, das von Müller-Freienfels[4] in Richtung auf eine Objektivierung weiterentwickelt wurde. Er sieht einen Mißbrauch der GmbH-Reform dann als gegeben, wenn die Gründer einer GmbH es versäumen, "ihre Gesellschaft mit den Mindestmitteln zu versehen, deren das Unternehmen nach seinem Aufgabenkreis unumgänglich bedarf"[5]. Die Frage sei also, ob die Gründer bei dieser Sachlage verpflichtet seien, den Fehlbetrag im Wege des Haftungsdurchgriffs an die Gesellschaftsgläubiger zu

---

1) über die allgemeine Normzwecklehre, vgl. Fikentscher, 364ff.; Larenz, 322ff.
2) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 43.
3) 207ff., 214ff.; vgl. auch Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 44.
4) Acp 156, 537f.
5) O. Kuhn, 215.

zahlen[1]. Dieser Umstand nötigt nach dem Ausgangspunkt O. Kuhns zu betonter Vorsicht. Dennoch sprechen die stärkeren Argumente dafür, bei extremer Unterkapitalisierung den beherrschenden Gesellschafter nicht andern zu behandeln als im Fall der mißbräuchlichen Absaugung[2]. Die Regelungen zur Aufbringung und Sicherung von Kapital und Vermögen haben keinen Selbstzweck, vielmehr kommt ihnen neben anderen gesetzgeberischen Maßnahmen die Aufgabe zu, die GmbH für außenstehende Dritte, sowie für die einzelnen Beteiligten funktionsfähig zu machen und zu erhalten[3]. Wer über die dazu nötigen Mittel nicht verfügt oder vorhandene Mittel der GmbH nicht anzuvertrauen wage, dürfe sich zu dem geplanten Zweck nicht der Rechtsform einer GmbH bedienen. Andernfalls verstoße er gegen den zwar ungeschriebenen, aber im GmbH-Gesetz durchgängig ausgeprägten und bei der Verwendung der Rechtsform zu beachtenden Grundsatz des Verkehrsschutzes und treibe Institutsmißbrauch[4]. Entgegen der herrschenden Durchgriffslehre könne man jedoch als Rechtsfall nicht die unbeschränkte Haftung annehmen, sondern vielmehr eine Differenzhaftung der Gesellschafter; dabei soll der nach § 242 BGB angemessene Ausgleich durch eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Zuführung des der GmbH objektiv mißbräuchlich vorenthaltenen Kapitals erreicht werden[5]. Dieser Ausgleich schaffe mithin diejenige Vermögenslage, die ohne den Rechtsverstoß für die beiderseitigen Gläubiger zwischen GmbH und GmbH-Gesellschafter bestünde[6]. Eine darüber hinausgehende Haftung soll nur nach § 823 II BGB bei einem schuldhaften Verstoß gegen den aus § 242 BGB im Gläubigerschutzinteresse abgeleiteten Grundsatz des Verkehrschutzes möglich sein. Als Schutzgesetze nach § 823 II BGB fungierten

---

1) O. Kuhn, 215
2) ibid.
3) ibid., 216.
4) ibid.; vgl. auch Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 44.
5) O. Kuhn, 219f.; vgl. auch Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 44.
6) O. Kuhn, 220.

zwar auch die Ordnungsgrundsätze des Verkehrsschutzes, welche den Normen über Aufbringung und Sicherung des Grundkapitals konkretisiert sind; doch sei der Schutzzweck dieser Grundsätze recht begrenzt. Insoweit decke § 823 II BGB nur solche Schäden, die gerade als Folge eines Verstoßes gegen Normen und Rechtsgrundsätze über die Kapitalbindung und die funktionsgerechte Kapitalausstattung zu Stande kommen. Im Ergebnis komme es zu einer Ausfallhaftung, die durch den Schutzzweck der Normen und Grundsätze inhaltlich beschränkt sei und die im Durchschnitt nicht viel mehr Rechte gewähre als der objektive Ausgleichsanspruch[1].

c) Der Erklärungsansatz von Rehbinder

Aus ähnlichen Grundsätzen plädiert auch Rehbinder[2] für eine vorsichtige, die Haftungsbeschränkung des GmbH-Rechts nicht übermäßig durchbrechende Rechtsfortbildung im Fall der Unterkapitalisierung. Nach Rehbinders Auffassung hat der Haftungsdurchgriff nicht eine Bereicherung der Gesellschaftsgläubiger auf Kosten der Privatgläubiger zum Gegenstand, sondern die Beseitigung der Nachteile, die GmbH-Gläubiger durch den Mißbrauch erwachsen sind. Als verpflichtende Leitlinie auch für den Durchgriff fungiere § 31, wonach der Gesellschafter lediglich quotenmäßig beschränkt, d.h. auf den Wert des gesetzwidrig Erlangten hafte[3].

---

1) O. Kuhn, 220f.; vgl. auch Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 44.
2) Konzernaußenrecht, 122ff.
3) Rehbinder, Konzernaußenrecht, 124, 151f.; ders., Fs. Fischer, 585f.

d) Der Erklärungsansatz von Wiedemann

Wiedemanns[1] Konzept orientiert sich im Grundsatz ebenfalls wie die anderen Ansätze der Normzwecklehre ausschließlich an objektiven Kriterien. Im Gegensatz zu den anderen Vertretern dieser Lehre leitet er aber aus den bestehenden Kapitalsicherungsvorschriften des GmbH-Rechts den Grundsatz ab, wonach die Gesellschafter einer GmbH verpflichtet sind, dieser ein am voraussichtlichen Geschäftsrisiko orientiertes Eigenkapital zur Verfügung zu stellen[2]. Die Haftungsbeschränkung des GmbH-Gesellschafters auf die Erfüllung seiner Einlage bedürfe der Rechtfertigung, weil sie kein naturrechtliches Phänomen und keine verfassungsmäßige Freiheit, sondern vielmehr "ein von der Rechtsordnung verliehenes Privileg" sei[3]. Diese Haftungsbeschränkung sei nur bei einem Einsatz risikotragenden Eigenkapitals gerechtfertigt, der mit angemessener Wahrscheinlichkeit für die Einhaltung der Tilgungs- und Zinspläne für das Fremdkapital ausreiche[4]. Zwar würden Eigen- und Fremdkapitalgeber das gleiche Risiko des finanzierten Unternehmens tragen, doch dürfe das Fremdkapital nicht mit dem gleichen Wahrscheinlichkeitsgrad die Gefahr des endgültigen Verlustes tragen wie das Eigenkapital[5]. Nach der Meinung Wiedemanns gelte de lege lata "die vollständige Ausfallhaftung"[6] bei

---

1) in: Haftungsbeschränkung, 17f., ders., Gesellschaftsrecht, 570ff.; vgl. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 45, 56.
2) ibid.
3) Wiedemann, in: Haftungsbeschränkung, 6; ders. Gesellschaftsrecht, 565.
4) Wiedemann, in: Haftungsbeschränkung, 12.
5) Wiedemann, in: Haftungsbeschränkung, 11; ders. Gesellschaftsrecht, 565.
6) Wiedemann, Gesellschaftsrecht, 572; vgl. auch Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 66; G. Kuhn, Fs. Heusinger, 203, 209.

"einfacher Unterkapitalisierung"[1]. Von dieser Haftung seien allerdings nur geringfügig beteiligte Anlagegesellschafter auszunehmen, weil sie ebenso schutzwürdig seien wie Gläubiger des Unternehmens.
Wiedemann glaubt, daß sich eine Begrenzung einer Ausfallhaftung auf den Differenzbetrag zwischen Ist- und Soll-Kapitalausstattung auf der Rechtsfolgenseite nach geltendem Recht nicht begründen lasse. Die einschränkende Auslegung von § 13 II habe die persönliche und gesamtschuldnerische Verantwortung der der Durchgriffshaftung ausgesetzten GmbH-Gesellschafter zur Folge[2].

e) Der Erklärungsansatz von Winkler

Winkler[3] und Wiedemann stimmen in den Voraussetzungen der Haftungen im Wesentlichen überein. Insbesondere vertreten beide die Auffassung, daß die Haftungsbeschränkung für Gesellschafter nicht schon für sich allein aus der Existenz der GmbH als juristischer Person folge, sondern daß diese erst objektiv eingreifen dürfe, wenn die GmbH mit angemessenem Eigenkapital ausgestattet sei. Winkler hat darauf hingewiesen, daß nur bei einer Relation zwischen Haftungsfond und Unternehmen die Regelung der beschränkten Haftung einen Zweck erfülle. Sie sei gänzlich funktionslos, falls zwischen Haftungsbeschränkung und Höhe des Kapitals ein Konnex fehle[4]. Dabei soll dieser Konnex aber nicht nur zu Beginn oder während der werbenden Tätigkeit der GmbH begründet werden können, sondern auch noch nach deren Zusammenbruch[5]. Als Rechtsfolge sieht Winkler

---

1) Wiedemann, Gesellschaftsrecht, 572; Winkler, BB 1969, 1207; Immenga, 403, 416.
2) Wiedemann, Gesellschaftsrecht, 573.
3) BB 1969, 1202ff.
4) ibid. 1205.
5) ibid. 1205; vgl. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 46, 56.

anders als Wiedemann die Gesellschafterhaftung zwar beschränkt, aber "in Höhe des angemessenen Stammkapitals, und zwar bei nomineller wie tatsächlicher Unterkapitalisierung"[1].

f) Der Erklärungsansatz von Immenga

In Anlehnung an Winkler hat Immenga darauf hingewiesen, daß dieser Sinnzusammenhang zwischen Stammkapital und Haftungsbeschränkung die institutionelle Schranke der gesellschaftsvertraglichen Freiheitfür die Bestimmung der Stammkapitalhöhe markiere[2]. Dabei sei ein hiergegen verstoßendes Handeln ein Mißbrauch des Privilegs der Haftungsbeschränkung, denn es beseitige den Grund für seine Rechtfertigung[3]. Weil die Unterkapitalisierung nicht die Selbständigkeit der juristischen Person, wohl aber das Privileg der Haftungsbeschränkung in Frage stelle[4] bewirke die Reduktion des § 13 II, daß diese Norm für solche Gesellschafter unanwendbar sei, welche den Zusammenhang von Haftungskapital und Haftungsbeschränkung außer Acht gelassen hätten[5].
Die dem Umfang der Unterkapitalisierung entsprechende Reduktion der Haftungsbeschränkung bedeute eine beschränkte persönliche Haftung derjenigen Gesellschafter, die auf die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Eigen- und Fremdkapital maßgebenden Einfluß hatten und die allein verantwortlich gemacht und zur Mithaftung herangezogen werden könnten[6]. Für den Fall, daß mehrere Gesellschafter in dieser Weise verantwortlich seien, müsse man im Anschluß an das geltende Recht (§§ 24, 31 III) von einer anteilmäßigen Haftung der Gesell-

---

1) Winkler, BB 1969, 1205.
2) Immenga, 403.
3) ibid.
4) ibid. 404
5) ibid. 410
6) Immenga, 410f.; ähnlich, vor allem im Ansatzpunkt, Erlinghagen, GmbH-Rdsch. 1962, 175; Winkler, BB 1969, 1207.

schafter ausgeben[1]. De lege ferenda schlägt Immenga jedoch eine gesamtschuldnerische Haftung vor[2].

g) Der Erklärungsansatz von Ulmer

Ulmer[3] begründet nach Auswertung umfassenden Stoffes die Durchgriffshaftung im Falle der Unterkapitalisierung wie folgt: Die Gesellschafterhaftung wegen Unterkapitalisierung sei aus dem Normzweck abzuleiten, nämlich aus dem im GmbHG zum Ausdruck kommenden Sach- und Sinnzusammenhang zwischen Kapitalsicherung und Ausschluß der Gesellschafterhaftung. Dieser Sach- und Sinnzusammenhang sei aber nicht notwendig mit der Anerkennung der GmbH als selbständiger juristischer Person verknüpft[4]. Auch ohne daß es eines besonderen Verpflichtungsgrundes bedürfe, gelange deshalb die Normzwecklehre zu einer Haftungserstreckung der unterkapitalisierten GmbH auf ihre Gesellschafter[5]. Die konstruktive Begründung für die persönliche Unterkapitalisierung beruht auf der teleologischen Reduktion der Haftungsausschlußvorschrift des § 13 II[6]. Der dort geregelte Ausschluß der Gesellschafterhaftung sei auf diejenige GmbH beschränkt, deren Kapitalausstattung für den angestrebten Gesellschaftsbetrieb nicht eindeutig unzureichend sei[7]. Im Einzelnen verlangt Ulmer für das Eingreifen der persönlichen Ausfallhaftung der Gesellschafter für

---

1) Immenga, 411; vgl. auch Winkler, BB 1969, 1207.
2) Immenga, 411.
3) im Anschluß an O. Kuhn und Wiedemann, s. Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 56; m.w.N.; ders. Fs. Duden, 677ff; vgl. G. Kuhn, Fs. Fischer, 353f.
4) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 56; ders. Fs. Duden, 678; vgl. auch Müller-Freienfels, AcP 156, 522, 528; Wiedemann, in: Haftungsbeschränkung, 16; Winkler, BB 1969, 1204; Immenga, 404.
5) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 56.
6) Ulmer, Fs. Duden, 677ff.; ders., in: Hachenburg, Rdn. 56, 66.
7) Ulmer, Fs. Duden, 678.

Schulden der GmbH vier Voraussetzungen[1]: Erste und wichtigste Voraussetzung sei eine für Insider klar erkennbare Unterkapitalisierung der GmbH, die den Mißbrauchsvorwurf begründe und zur Normzweckverfehlung führe, wobei es ohne Bedeutung sei, ob diese im Zeitpunkt ihrer Gründung oder im späteren Verlauf der Gesellschaftstätigkeit entstanden sei. Zum Zweiten kommt für Ulmer ein Rückgriff auf die Gesellschafter nur beim Zusammenbruch der Gesellschaft durch eine nicht nur vorübergehende Zahlungsunfähigkeit oder durch Überschuldung in Betracht. Unerheblich ist dabei, ob das Konkursverfahren eröffnet oder ob die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird. Die dritte Voraussetzung ist Konsequenz des mit dem Normzweck verfolgten Schutzes der Gläubiger vor den spezifischen Gefahren eindeutiger Unterkapitalisierung. Diese verlangt nämlich einen Kausalzusammenhang zwischen Unterkapitalisierung und Konkursreife. Diese dritte Voraussetzung wird vor allem in den Fällen nachträglicher Unterkapitalisierung violent: Sie führt nämlich zum Ausschluß einer Gesellschafterhaftung, wenn der Zusammenbruch auf ungewöhnliche, das normale Geschäftsrisiko eindeutig übersteigende Verluste der GmbH zurückgeht und die Gesellschafter wegen der damit verbundenen Kapitalaufzehrung von einer unveränderten Fortsetzung des Unternehmens absehen. Die vierte von Ulmer genannte Voraussetzung schließlich ist das aus der Rechtsscheinhaftung bekannte Kriterium der Zurechenbarkeit der Geschäftstätigkeit der unterkapitalisierten GmbH. Dabei ist zwar die Gesellschaftstätigkeit einer schon anfänglichen unterkapitalisierten GmbH regelmäßig allen Gründern zurechenbar. Doch kann das Zurechnungskriterium bei einer nachträglichen Unterkapitalisierung zur Verneinung einer Haftung derjenigen Gesellschafter führen, denen keine Verantwortung für die Gläubigerschädigung zukommt, sei es aufgrund ihrer geringen Beteiligung an der

---

1) Ulmer, Fs. Duden, 679; ders., in: Hachenburg, Rdn. 59, 65.

GmbH, sei es aufgrund der Fehler der internen Mitspracherechte. Eine Haftungsbeschränkung der Gesellschafter auf die Differenz zwischen ursprünglich angemessenem und tatsächlich eingesetztem Kapital sei abzulehnen[1].

h) Der Erklärungsansatz von Lutter und Hommelhoff

Lutter und Hommelhoff[2] haben, grundsätzlich in Anlehnung an Wiedemann und Ulmer, darauf hingewiesen, daß es kein rechtliches Gebot angemessener Eigenkapitalausstattung gebe, sehr wohl aber das Verbot, die GmbH mit völlig unzureichendem Eigenkapital am Wirtschaftsleben teilnehmen zu lassen. Das gesetzlich vorgeschriebene Eigenkapital diene unter anderem als Finanzpolster der Gesellschaft. Deshalb habe das obligatorische Eigenkapital eine Doppelfunktion: es diene als Haftungspotential für die Gesellschaftsgläubiger und zugleich im Gesellschaftsinteresse als "Betriebsfonds zur Erhaltung des Unternehmens"[3]. Jede wirtschaftliche Tätigkeit sei mit einem Verlustrisiko verbunden. Wer diesen Grundsatz bei der Finanzierung der Gesellschaft so sehr vernachlässige, daß schon jeder kleinere Verlust zum Gesellschaftskonkurs führe, müsse sich ganz offensichtlich eine Gefährdung des Bestandes der Gesellschaft vorwerfen lassen. Daher handelten dem Normzweck

---

1) Ulmer, Fd. Duden, 679ff.; ders., in: Hachenburg, Rdn. 66; ganz ähnlich s. auch Kübler, Gesellschaftsrecht, 239.
2) ZGR 1979, 58ff.; früher schon Lutter, in: Kapital, 49ff.; auch vor kurzem, Hommelhoff, in: Die Zukunft der GmbH, 19ff.; auch Lutter, ZGR 1982, 249f., 253f.; er hat diese Überlegungen auf die Gruppe übertragen (S. 250).
3) Lutter, in: Kapital, 51; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 59; dazu vgl. auch Büschgen, GmbH-Rdsch. 1974, 26.

des § 5 I, der in der Vermeidung der Konkursgefahr liegt, solche Gesellschafter zuwider, die durch eine völlig unzureichende Eigenkapitalausstattung den Untergang der Gesellschaft schon einkalkulierten und ihn als Mittel ihrer Unternehmenspolitik in Betracht zögen[1]. Bei solchen Gesellschaftern sei das Privileg beschränkter Haftung nach § µ3 II unangemessen[2]. Verboten sei deshalb eine völlig ungangemessene Eigenkapitalausstattung, die nicht nur bei der Gründung der GmbH sondern zugleich auch während ihrer gesamten Existenz gelte[3]. Die Ansicht von Lutter/Hommelhoff[4] führt also bereits bei einer völlig unzureichenden Eigenkapitalausstattung zur perönlichen Haftung der Gesellschafter wegen Unterkapitalisierung, ohne daß es noch weiterer qualifizierender Momente bedürfte. Man wird ihnen[5] allerdings nicht darin folgen können, daß die Tatbestände der Durchgriffshaftung zur Zeit noch keine gesetzliche Regelung finden sollten, weil die Problematik der Unterkapitalisierung ganz auf die konkreten Umstände des Einzelfalls hin zugeschnitten sei. Zu Unrecht sind Lutter/Hommelhoff der Meinung, die Probleme der Unterkapitalisierung ließen sich mit den Mitteln der Rechtsordnung ozne Hilfestellung des Gesetzgebers bewältigen. Das Gegenteil ist richtig, worauf die Begründung der GmbHG n.F. zu Recht hingewiesen hat[6]. Lutter/Hommelhoff unterschätzen das Problem, wenn sie es lediglich in der Divergenz und der zu geringen Zahl der bisher bekannten Sachverhalte anstatt im rechtlichen Lösungsansatz vermuten[7].

---

1) Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 59 Fn. 82.
2) Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 59; s. auch O. Kuhn, 215ff.; Ulmer, FS Duden, 678.
3) Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 60f.
4) Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 61.
5) ibid., 62.
6) vgl. BT-Drucks. 8/1347, 38f.
7) Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 62.

i) Grundsätzliche Kritik der Normzwecklehren bei Wilhelm

Diejenigen Lehren, die zur Begründung einer Durchgriffshaftung am Normzweck ansetzen, wollen nach den Worten von Wilhelm "gerade von der Alleinmaßgeblichkeit dieses Prinzips abweichen und das ganz andere einer Material zu bestimmten Kapitalausstattung hinzufügen".[1)]
Diese Lehren haben damit zum Ziel das gesetzlich eindeutig bestimmte Garantiekapital in Höhe der verlautbarten Summe (zur Zeit also in Höhe von DM 50 000) je nach Einzelfall zu einer Kapitalausstattungspflicht fortzuentwickeln. Zu Recht kritisiert Wilhelm, daß dies keine Rechtsanwendung mehr sei und auch nicht mehr durch eine, an den Normzweck anknüpfende teleologische Methode gründet werden könne. Zwar hätten die Normzwecklehren in Bezug auf das GmbH-Gesetz die Unzulänglichkeit seiner Regelung für den Gläubigerschutz darlegen können, doch folge darauf lediglich die ungenügende Sicherung der Gläubiger, falls man sich an die Regelung halte. Daraus folge jedoch nicht eine Pflicht zu etwas ganz anderem, als es der Regelungsinhalt vorsehe, und erst recht lasse sich keine persönliche Haftung der Gesellschafter daraus ableiten. Für Wilhelm stößt die Rechtsanwendung hier an die Grenzen der positiven Normen[2)]. Wilhelm verweist daher die Normzwecklehren zur Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung aus dem Bereich der Rechtsanwendung in die Rechtspolitik[3)].
Wilhelm wirft den Normzwecklehren vor, daß der von ihnen zum Ausgangspunkt erhobene Normzweck der Verhinderung unangemessener Gläubigergefährdung bei Haftungsbeschränkung dermaßen von den die Kapitalaufbringung betreffenden konkreten Normen

---

1) Wilhelm, in: Rechtsform und Haftung, 314.
2) Wilhelm, in: Rechtsform und Haftung, 314.
3) Wilhelm, ibid. 314; vgl. auch Benne, 34ff., 64ff., 202ff., schon früher Winter, 85, 97ff., 107.

abstrahiert sei, daß er ein bloß rechtspolitisches Anliegen formuliere, für die Rechtsanwendung aber nichtssagend sei, und nichts mehr mit dem konkreten Normzweck zu tun habe[1]. Der hohe Abstraktionsgrad des Normzweckes decke alles ab, was in freier rechtspolitischer Abwägung zur Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung vorgeschlagen werde[2].

6) Organhaftung

a) Der Erklärungsansatz von Wilhelm

Wilhelm hat in seiner Habilitationsschrift eine neue Lehre im Zusammenhang mit den Problemen der Unterkapitalisierung entwickelt, die sog. Organhaftungslehre. Nach seiner Auffassung müßte die juristische Person ernst genommen werden, was eine konswquente Rückkehr zur rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person im Sinne der Trennungstheorie zur Folge habe[3]. Als Schlußfolgerung ergibt sich aus diesen Überlegungen, daß die Durchgriffslehre überflüssig sei[4]. Die Durchgriffslehre wird mit der Überlegung kritisiert, daß sie "sich um eine Haftung ohne Haftungstatbestand müht, um die Entwicklung einer Haftung, die der rechtlichen Einordnung entbehrt[5].

---

1) Wilhelm ibid. 314
2) Wilhelm ibid. 314ff; s. infra, 143ff.
3) Wilhelm, in: Rechtsform und Haftung, 12, 308ff.; vgl. Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 203.
4) Wilhelm ibid. 13.
5) Wilhelm ibid. 316.

Wilhelm führt aus, daß die GmbH für die Gewährleistung des Gläubigerschutzes ein Stammkapital habe, welches bei Normalverlauf der Geschäfte den Gläubigern ausreichend Schutz bietet[1]. Dafür muß die GmbH "mit der inneren Ordnungskraft erfüllt werden, deren Fehlen die ihnen bis dato anhaftende Fragwürdigkeit bedingt"[2]. "Die Defizienz an Ordnungskraft und die damit verbundene Fragwürdigkeit" der GmbH solle allerdings beseitigt werden, d.h. "die Forderung nach einer ordentlichen Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Gesellschafter und GmbH"[3]. Die Fragwürdigkeit der GmbH als juristische Person besteht also einerseits darin, daß der Gesellschafter mit Hilfe der als juristische Person anerkannten GmbH eine volle Geschäftstätigkeit ausübt, und andererseits nach der Zufuhr des Stammkapitals als GmbH-Gesellschafter von seiner unbeschränkten Haftung befreit ist. Bei den vorliegenden Problemen geht es eigentlich nur um ein mit dem Stammkapital verbundenes Prinzip, wonach der Gesellschafter das Risiko für das Stammkapital weder im Gegensatz zu den gesetzlichen Kapitalerhaltungsvorschriften noch im Widerspruch zu seinem eigenen Vorverhalten auf die übrigen Gesellschaftsgläubiger abwälzen darf[4]. Der Zusammenhang zwischen der Haftungsbeschränkung der GmbH und der Entscheidung, die die Vermögensbindung der Gesellschaft betrifft, bestimmt sich nach den Grundsätzen einer ordentlichen Ausgestaltung der GmbH. Wilhelm entwickelt

---

1) Wilhelm, ibid. 308.
2) Wilhelm, ibid. 334.
3) Wilhelm, ibid. 334; vgl. Hüffer, NJW 1982, 429.
4) Wilhelm, ibid. 334.

das Wilkürverbot im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvermögen. Wenn die entscheidenen Gesellschafter den Einsatz des Gesellschaftsvermögens selbst bestimmen, unterliegen sie der Sorgfaltspflicht eines "ordentlichen Kaufmanns"[1]. Wenn sie diese Sorgfaltspflicht verletzen, müssen die Gesellschafter als Organmitglieder der GmbH eine hieraus resultierende Organhaftung tragen. Gefordert ist also ein "ordentlicher Schuldner"[2], d.h. ein Gegenstück für die Gläubigersicherung durch unbeschränke persönliche Haftung der Gesellschafter.

Eine Sorgfaltshaftung der bestimmenden GmbH-Gesellschafter beruht auf der Organhaftung aller die Macht innehabenden Gesellschafter[3].

Die Vermögensbindung des GmbH-Rechts ist, von Gesetzgeberseite her gesehen, eine Isolierung der Vermögens der juristischen Person, die als solche ernst genommen werden muß. Das Mittel der Haftungsbeschränkung bei der GmbH ist die Verselbständigung der Haftung auf das Vermögen eines fremden Rechtssubjekts, eben der GmbH als juristische Person. Die Wertung, daß Haftungsbeschränkung und willkürlicher Umgang mit dem der beschränkten Haftung unterliegendem Vermögen miteinander unvereinbar sind, hat einen greifbar rechtlichen Anhaltspunkt, da für die GmbH "die Sorgfaltspflicht der bestimmungsmächtigen Gesellschafter bei dem Umgang mit dem für sie fremden Gesellschaftsvermögen" eingreife[4]. Damit sei erkennbar, daß die Gesellschafter fremdbezogene Macht

---

1) Wilhelm, in: Rechtsform und Haftung, 335.
2) Wilhelm, ibid. 335f.
3) Wilhelm, ibid. 337.
4) Wilhelm, ibid. 338.

ausüben, fremdes Vermögen verwalten. Die Sorgfaltshaftung der Gesellschafter folgt nun aus dem Rechtsgrundsatz der Pflichtgebundenheit bei fremdbezogener Machtausübung[1].

Wilhelm[2] betrachtet die bei Unterkapitalisierungsfällen häufig anzutreffende Mißachtung der juristischen Person als zweifelhaft. Die Bedenklichkeit der Durchgriffshaftung bestehe darin, daß sie den Mangel des Bewußtseins der Gesellschafter, daß das Vermögen ihrer GmbH für sie fremdes Vermögen sei, durch die rechtliche Behandlung noch fördert, da Rechtsprechung und Literatur immer wieder zur Erreichung im Einzelfall billig erscheinender Ergebnisse die angebliche Rechtsträgerschaft der Gesellschafter herausheben.

Während die Lehre der Durchgriffshaftung mit dem Prinzip arbeite, daß die Gesellschafter bei besonderem Fehlverhalten hinsichlich der Kapitalausstattung das Privileg des Trennungsprinzips verlieren, würde das eigene Modell doch der Rechtslage eher entsprechen, wonach das Vermögen einer Gesellschaft einem fremden Rechtssubjekt zuzuordnen sei, während die Gesellschafter lediglich als Organmitglied über dieses Vermögen disponieren könnten[3]. Wilhelm[4] hat die Problematik der Unterkapitalisierung unter dem Gesichtspunkt der Vermögensbindung als sinnfälligen Baustein für die Eigenständigkeit der GmbH erwähnt, deren Vermögen den Gesellschaftern als Vermögen der juristischen Person entfremdet sei. Die Konsequenz müßte also sein, daß auch die Gesellschafter keineswegs im Umgang mit diesem

---

1) Wilhelm, ibid. 339.
2) Wilhelm, Fs. Flume, Bd. II, 337ff., insb. 391ff.
3) Wilhelm, ibid. 391.
4) Wilhelm, Fs. Flume, 395.

Vermögen völlig frei sind, sondern in einem näher zu bestimmenden Umfang bei der Verwaltung dieses für sie fremden Vermögens Verantwortung tragen. Die GmbH müsse mit einem dem Katammkapital entsprechenden Überschuß der Aktiva über die Passiva anfangen. Wenn sie dieses Vermögen verliere und die Gläubiger nicht befriedigen könne, dann seien wie der Geschäftsführer so auch die verantwortlichen Gesellschafter dafür rechenschaftspflichtig, wohin dieser Überschuß im Laufe der Zeit gekommen sei[1].

Als weitere Folge ließe sich ein Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschafter wegen Verletzung von Kapitalerhaltungspflichten konstruieren[2]. Danach würde eine Haftung nicht mit der unzureichenden Kapitalausstattung zu begründen sein, sondern "vielmehr haften die verantwortlichen Gesellschafter, weil sie das Vermögen der Gesellschaft nicht erhalten, sondern es Risiken ausgesetzt haben, die in Anbetracht dieses Vermögens unvertretbar sind"[3].

Zusammenfassend läßt sich sagen: "Im Gegensatz zur Durchgriffshaftung als einer durch Mißachtung der juristischen Persönlichkeit der GmbH sich ergebenden unmittelbaren Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern ist die Organhaftung die Sorgfaltshaftung der eine organschaftliche Position innehabenden Gesellschafter gegenüber der GmbH als selbständiger juristischer Person"[4].

---

1) Wilhelm, ibid. 396.
2) Wilhelm, ibid.
3) ibid, 396; kritisch aber in Bezug auf die Konkretisierung der Unvertretbarkeit: Hofmann, GmbH-Rdsch. 1979, 99.
4) Wilhelm, in: Rechtsform und Haftung, 354.

b) Kritik

Wilhelm geht davon aus, daß die juristische Person gegenüber ihren Mitgliedern rechtlich selbständig ist und diese Regelung ernst genommen werden muß. Deshalb ist für Wilhelm auch die Durchgriffslehre von der Idee und vom Bilde her vollkommen verfehlt. Aber Wilhelms Lehre birgt auch einen Fehler in sich, da das Gesetz selbst klare Ausnahmen, wie z.B. in § 322 AktG, kennt[1]. Die Argumentation von Wilhelm ist rein begrifflich[2], weil die juristische Person kein Ding an sich" ist, sondern ein Kunstgebilde. So kann sie in ihre, von den Zwecken des Rechts her bestimmten Schranken gewiesen werden. Deshalb ist es fraglich, ob der Entstehung von Durchgriffssachverhalten vorgebeut werden kann, ohne der GmbH die ihr zugedachte und notwendige Elastizität zu nehmen. Aus diesem Grunde ist es weiterhin notwendig, die Gesellschafter persönlich haften zu lassen, wenn diese mit der juristischen Person verfehlt umgehen. Die "ordentliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Gesellschafter und GmbH" ist nur eine Basis für eine neue Haftungslösung. Es ist deshalb auch fraglich, ob man seine Lehre als Fortschritt bezeichnen darf. Trotz der eigenen Entwicklung seiner Organhaftungstheorie etikettiert er die zur Durchgriffshaftung entwickelten Normzwecklehre als "Rechtspolitik". Man darf sich fragen, inwieweit dies noch angesichts der Aufgaben des Gesellschaftsrechts und des Normenvorrats des Gesetzes sinnvoll ist[3]. Da das GmbHG nicht einen variablen, sondern nur einen statischen Wert des Stammkapitals voraussetzt, darf er eigentlich nicht das Gesetz von vornherein als "defizient" bezeichnen[4].

---

1) vgl. Lutter, ZGR 1982, 253; Schanze, AG 1982, 44; Hüffer, NJW 1982, 428; Hommelhoff, in: Die Zukunft der GmbH, 18.
2) vgl. auch Lutter, ZGR 1982, 254.
3) vgl. auch Schanze, AG 1982, 44; Hüffer, NJW 1982, 429.
4) vgl. Schanze, AG 1982, 44.

IV. Gesetzesvorschläge zur Haftung bei Unterkapitalisierung

1. Einleitung

Hinsichtlich des Problemkreises der Haftung bei Unterkapitalisierung gibt es viele verschiedene Meinungen, so wird z.B. in Bezug auf die Haftungsvoraussetzungen "eine Beschränkung der Haftung auf krasse Fälle"[1] erwogen, weiterhin ist umstritten, ob die Haftung "unter der Voraussetzung anfänglicher Unterkapitalisierung"[2] oder weiterhin "bei nachträglicher Unterkapitalisierung"[3] eingreifen soll. Unter Berücksichtigung des betroffenen Personenkreises könnte man (wer bei der Unterkapitalisierung haften soll) "die Beschränkung der Haftung auf maßgebliche Gesellschafter"[4] und (wer dabei den Anspruch hat) "die Herausnahme von Vertragsgroßgläubigern aus dem Haftungsschutz"[5] befürworten. Unter dem Gesichtspunkt des Haftungsumfangs könnte man sich "für eine Haftung auf die Differenz zwischen der tatsächlichen und der nach der eigenen Auffassung gebotenen Kapitalzuführung"[6] oder "für eine unbeschränkte persönliche Ausfallhaftung"[7] entscheiden. Hinsichtlich der verfahrensmäßigen Behandlung der Haftung könnte man für eine Subsidarität der Haftung in zweifacher Hinsicht plädieren: Nämlich zum einen, daß die Haftung nachrangig zu anderen orginären Haftungsgründen[8] und nachrangig.

---

1) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 47f., 57, 59; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 58ff.; O. Kuhn, 218; Drobnig, 48, 54; Erlinghagen, GmbH-Rdsch. 1962, 174; G. Kuhn, Fs. Heusinger, 211; Wüst, 12.

2) O. Kuhn, 214ff., 220f.; früher Wiedemann, in: Haftungsbeschränkung, 21f.

3) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 60; Erman, KTS 1959, 132; Rehbinder, 123; Erlinghagen, GmbH-Rdsch. 1962, 174; G. Kuhn, Fs. Heusinger, 211; Winkler, BB 1969, 1206; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 61; jetzt auch Wiedemann, Gesellschaftsrecht, 572f.

4) O. Kuhn, 218; Immenga, 411; Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 64; Erlinghagen, GmbH-Rdsch. 1962, 175 f.; vgl. auch G. Kuhn, Fs. Heusinger, 211f., 60; vgl. Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 61.

5) Drobnig, 58ff., 60; vgl. Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 61; Ulmer in: Hachenburg, Rdn. 67.

6) O. Kuhn, 219f; Reinhardt, Fs. Lehmann, 592; Rehbinder, 122ff., 124; Immenga, 410; vgl. aber Winkler, BB 1969, 1204f.

7) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 48, 66; G. Kuhn, Fs. Heusinger, 208ff.; Drobnig, 66; Wiedemann, in: Haftungsbeschränkung 17f.; ders. WM 1975, Sonderbeilage Nr. 4, 19; ders., Gesellschaftsrecht, 572f.

8) Drobnig, 86f.; O. Kuhn, 218; Rehbinder, 11.

zur "Inanspruchnahme der Gesellschaft, also nur unter der Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft eintreten solle"[1], und zum anderen, daß "die Geltendmachung der Haftung dem Konkursverwalter obliegt, wenn die Gesellschaft sich im Konkurs befindet"[2].

2. Arbeitskreis GmbH-Reform

a) Gesetzesvorschlag von Arbeitskreis GmbH-Reform

Der Arbeitskreis GmbH-Reform[3] hat für die eindeutige anfängliche bzw. nachträgliche Unterkapitalisierung eine Haftung der Gesellschafter und ihrer Hintermänner für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Konkurs- oder Vergleichsverfahren zur Anwendung des Konkurses, d.h. "für die Unterkapitalisierung insgesamt" vorgeschlagen, "weil sonst der Gläubigerschutz höchst unvollkommen und zufällig bliebe"[4]. Die anfängliche Unterkapitalisierung[5], die sich in diesem Entwurf auf Fälle eindeutiger[6] anfänglicher[7] Unterkapitalisierung beschränkt, ist umfangmäßig grundsätzlich auf die bevorrechtigten und 50 v.H. der nicht bevorrechtigten Forderungen der Gesellschaftsgläubiger begrenzt[8] und setzt ferner grobe

---

1) Ulmer, in: Hachenburg, Rdn. 65; Immenga, 411; Wiedemann, WM 1975, Sonderbeilage Nr. 4, 18; Drobnig, 86f.; Erman, KTS 1959, 134; Kamm, 147; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 62.
2) O. Kuhn, 219 Fn. 50; Lutter/Hommelhoff, ZGR 1979, 62; vgl. Winkler, BB 1969, 1206f.
3) 11ff.; insb. 21ff; s. auch Herber, GmbH-Rdsch. 1978, 29; Rexrodt, 45ff; Reinhardt/Schultz, Gesellschaftsrecht, Rdn. 806.
4) Arbeitskreis GmbH-Reform, 15 m.w.N.
5) E § 48 a
6) E § 48 a II 1 (d.h. vom Standpunkt eines sachverständigen Beurteilers offensichtlich außer Verhältnis zum angestrebten Geschäftsumfang stand).
7) E § 48 a I (d.h. innerhalb von 5 Jahren nach Errichtung der Gesellschaft).
8) E § 48 a IV.

Fahrlässigkeit voraus[1]. Allerdings erschien es angebracht, den Gesellschaftern die Beweislast für fehlendes Verschulden aufzuerlegen[2], weil es sich um Vorgänge aus ihrer Sphäre handelt, die sich der Kenntnis Außenstehender häufig entziehen dürften. Der Zusammenbruch kann allerdings mit der Kapitalausstattung nicht zusammenhängende Ursachen haben. Dementsprechend läßt der Entwurf des Arbeitskreises zu[3], daß die Gesellschafter die Vermutung der Kausalität zwischen anfänglicher Unterkapitalisierung und der Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens widerlegen. Die Haftung für die Sorgfalt eines ordentlichen Gründers treffe nicht alle Gesellschafter, sondern nur solche, die als Geschäftsführer[4], Inhaber von 20 oder mehr v.H. der Geschäftsanteile[5] oder einer entsprechenden tatsächlichen Stimmrechtsmacht[6] oder in sonstiger Weise maßgeblich an der Gründung beteiligt waren[7] und so Einfluß auf die Finanzierungsentscheidung nehmen konnten[8]. Nach diesem Vorschlag besteht die Haftung in einer Ausgleichspflicht gegenüber der Konkursmasse, wobei die betreffenden Gesellschafter als Gesamtschuldner haften[9]. Der Anspruch wird dabei vom Konkursverwalter gegenüber den

---

1) E § 48 a II 1 (Die Haftung tritt ein, wenn.....und die Gesellschafter bei der Festsetzung des Eigenkapitals der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Gründers in grober Weise außer acht gelassen haben).
2) E § 48 a II 3
3) E § 48 a II 4
4) E § 48 a III Nr. 1
5) E § 48 a III Nr. 2
6) E § 48 a III Nr. 3
7) E § 48 a III Nr. 4
8) E § 48 a VI (Diese Regelung, die von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze übernimmt, soll Umgehungstatbestände erfassen: Arbeitskreis GmbH-Reform, 27).
9) E § 48 a IV

Gesellschaftern geltend gemacht[1]: Eine solche Verschuldenshaftung berücksichtigt angemessen die widerstreitenden Interessen an der Verwendbarkeit der GmbH einerseits, am ausreichenden Gläubigerschutz und gesunder Kapitalstruktur der GmbH andererseits. Diese Haftung für den Fall, daß innerhalb von fünf Jahren nach Gründung ein Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet wird, ist in Anbetracht der hohen "Säuglingssterblichkeit" der GmbH nötig zur Verhinderung von Neugründungen, deren geplante Kapitalausstattung im Verhältnis zum branchentypischen Risiko offensichtlich unseriös ist. Ihr liegt der Gedanke zugrunde, wonach die Gesellschafter bei der Gründung der GmbH gegenüber den Gläubigern verpflichtet sind, für eine ordnungsgemäße Eigenkapitalausstattung der GmbH zu sorgen. Diese Haftung käme nur bei wirklich unseriösen Gründungen zum Tragen, bei denen die mangelnde Eigenkapitalausstattung sich jedem geschäftsgewandten Gesellschafter geradezu aufdrängen müßte. Der gerade für mittelständische Unternehmen unter den heutigen Bedingungen der Wirtschaft erforderliche Spielraum bei der kapitalmäßigen Organisation der Gesellschaft anhand Bedürfnissen des Unternehmens bliebe aber grundsätzlich erhalten[2].

Probleme der Unterkapitalisierung ergeben sich nicht nur im Gründungsstadium der Gesellschaft, sondern auch bei der anschließenden Geschäftstätigkeit[3]. Es sei daher eine fortdauernde Verantwortlichkeit der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern für die ordnungsgemäße Kapitalausstattung der Gesellschaft festzulegen. Zwar wäre ein solches Erfordernis mit großen Unsicherheitsfaktoren belastet und würde die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter sehr einschränken. Anderer-

---

1) E § 48 a V.
2) Arbeitskreis GmbH-Reform, 16.
3) z.B. eine durch eine starke Expansion auftretende nachträgliche Unterkapitalisierung (Arbeitskreis GmbH-Reform, 16).

seits reicht es aber nicht aus, lediglich im Konkursfall die Gesellschaftsdarlehen zurückzusetzen oder gar abzuerkennen[1]. Dies könnte regelmäßig nur zu einer geringfügigen Verbesserung der Deckungsquote der Gläubiger führen[2]. Nach Auffassung des Arbeitskreises sollten die Gesellschafter daher, wenn es infolge zu starker Expansion oder aus anderen Gründen nachträglich zu einer Unterkapitalisierung kommt, verpflichtet sein, die Gesellschaft in angemessener Zeit und in einem im Interesse der Rechtssicherheit formalisierten Verfahren dadurch zu sanieren, daß sie entweder neues Eigenkapital zuführen oder aber den Geschäftsumfang reduzieren[3]. Bei dieser Haftung für eine nachträgliche Unterkapitaliserung handele es sich um eine Haftung der Gesellschafter für Organisationsverschulden dergestalt, daß sie für eine strukturelle Anpassung der Gesellschaft an die im Laufe der Geschäftstätigkeit eintretenden Finanzierungserfordernisse zu sorgen hätten[4]. Der Entwurf sieht daher vor, daß sie auf Anzeige des Geschäftsführers, die dieser rechtzeitig erstatten muß, einen förmlichen Beschluß über geeignete Sanierungsmaßnahmen zur Behebung der nachträglichen Unterkapitalisierung zu fassen haben[5]. Ausgenommen wird nur der Fall, daß alle Gesellschafter bereits Kenntnis von der Unterkapitalisierung besitzen. Mit der Erfüllung dieser Verpflichtung durch die Geschäftsführer geht die Verantwortlichkeit für die nötigen Finanzierungsentscheidungen auf die Gesellschafter über. Versäumen jedoch die Geschäftsführer schuldhaft ihre Verpflichtung, trifft sie bei einem Konkurs oder Vergleichsverfahren für Verbindlichkeiten der Gesellschaft diesselbe Haftung wie ein Gesellschafter[6]. Die Gesellschafter sind verpflichtet, innerhalb von 6 Monaten nach

---

1) vgl. Arbeitskreis GmbH-Reform, 17.
2) Arbeitskreis GmbH-Reform, 17.
3) E § 48 b; Arbeitskreis GmbH-Reform, 17.
4) Arbeitskreis GmbH-Reform, 27.
5) E § 48 b, I.
6) E § 48 b VI 1; Arbeitskreis GmbH-Reform, 28.

Anzeige oder sonstiger Kenntnis von der Unterkapitalisierung geeignete Maßnahmen zur Beseitigung des Mißverhältnisses zwischen Eigenkapital und Geschäftsumfang durchzuführen[1]. Auch hier würde die Haftung nur bei eindeutiger Unterkapitalisierung und grobem Verschulden eintreten. Demnach unterbricht also nur eine solche unveränderte Fortführung der Geschäfte das Haftungsprivileg, die als unseriös zu bezeichnen ist[2]. Eine Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft setzt dann voraus, daß innerhalb von 2 Jahren nach Ablauf der in E § 48 b II bestimmten 6-Monatsfrist über das Vermögen der Gesellschaft das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet wird[3]. Nach E § 48 b VI 1 tritt diese Haftung nur ein, wenn die Gesellschaft nach Ablauf der 6-Monatsfrist eindeutig unterkapitalisiert ist und die Gesellschafter bei der Entscheidung über die notwendigen Maßnahmen und deren Durchführung grob fahrlässig handelten. Im Hinblick auf die Beweislastverteilung und den Haftungsumfang gilt die für anfängliche Unterkapitalisierung getroffene Regelung entsprechend[4]. Im Gegensatz zu E § 48 a III wird der Kreis der Personen, welche die Haftung trifft, in E § 48 b V nicht im einzelnen umschrieben. Eine genaue Feststellung war deswegen nicht erforderlich, weil durch die Anwendung des in E § 48 b VI niedergelegten Sorgfaltsmaßstabes und aufgrund der in E § 48 b V 2 vorgesehenen Protokollierung des Beschlusses der Gesellschafterversammlung über Sanierungsmaßnahmen die verantwortlichen Personen ermittelt werden können. Eine solche Möglichkeit ist jedoch im Rahmen von E § 48 a nicht gegeben, weil dort noch nicht an Vorgänge in der Gesellschafterversammlung angeknüpft werden kann. Verantwortlich wären demnach alle diejenigen Gesellschafter, die der Fortführung der Geschäfte ohne ausreichende Sanierung

---

1) E § 48 b II.
2) Arbeitskreis GmbH-Reform, 17.
3) E § 48 b III.
4) E § 48 b V. Arbeitskreis GmbH-Reform, 17, 29.

zugestimmt haben, sofern sie hierbei ein grobes Verschulden trifft. Desgleichen würden solche Gesellschafter haften, die die Durchführung der Sanierungsmaßnahmen beeinträchtigen. Anhaltspunkte dafür lassen sich auch aus E § 48 a III entnehmen[1]. Damit Umgehungen verhindert werden, unterwirft E § 48 b VI 3 auch einem Dritten, der Einfluß auf die Sanierungsentscheidungen ausübt, der für Gesellschafter bestimmten Haftung[2].

b) Kritik

Gegen diesen Gesetzesvorschlag des Arbeitskreises GmbH-Reform ist eingewandt worden, daß seine abstrakten Haftungsregelungen nicht praktikabel seien[3]. Selbst wenn man dem Vorschlag hinsichtlich der Ausgestaltung der Haftung trotz der unklaren Abgrenzungskriterien im einzelnen folgen wollte, wäre es schwer zu begründen, weshalb nur für 50 % der nichtbevorrechtigten Forderungen gehaftet werden soll[4]. Im Einzelfall kann nämlich durchaus eine höhere Entschädigung angemessen sein. Wenn diese Haftungsbeschränkung gedacht sein soll als Ausgleich für den Verzicht auf ein gerechteres, mangels exakt feststellbarer Haftungsgrenze jedoch nicht praktikables Abstellen auf den Betrag, den der Gläubiger bei wirklich angemessener Kapitalisierung erhalten hätte, so erscheint diese Kompensation doch reichlich ungenau[5]. Wenig sachgerecht erscheint auch die Begrenzung der haftenden Gesellschafter[6]. Zwar kann in der Regel der Minderheitsgesellschafter das geschäftliche Verhalten der Gesellschaft nicht beeinflussen[7].

---

1) Arbeitskreis GmbH-Reform, 31.
2) ibid.
3) vgl. Herber, GmbH-Rdsch. 1978, 29; Rexrodt, 46ff.
4) E § 48 a IV.
5) auch Herber, GmbH-Rdsch. 1978, 29.
6) ibid.
7) ibid.; auch Arbeitskreis GmbH-Reform, 26.

Andererseits kann man ihm aber u. U. das Verbleiben in einer mit unzureichenden Mitteln arbeitenden Gesellschaft vorwerfen. Auch hier zeigt sich, daß der Verzicht auf genau definierte Abgrenzungskriterien zu "pauschalen und wenig angemessenen Ergebnissen" führt[1]. Auch die bei nachträglicher Unterkapitalisierung für den Fall vorgesehene Gesellschafterhaftung, daß innerhalb von 6 Monaten keine geeigneten Maßnahmen von den Gesellschaftern zur Beseitigung des Mißverhältnisses von Eigenkapital und Geschäftsumfang beschlossen werden, erscheint wenig effektiv.
Den Gesellschaftern wird es idR nicht sonderlich schwer fallen, im Konkurs der Gesellschaft nachzuweisen, daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht in grober Weise außer acht gelassen haben[2].

3. G. Winter

a) Gesetzesvorschlag von G. Winter

G. Winter[3] hat "einen eigenen Gesetzesvorschlag zur Haftung für Fehlbeträge am angemessenen Eigenkapital" vorgelegt. Er differenziert, wie auch der Arbeitskreis GmbH-Reform, "zwischen anfänglicher und nachträglicher Unterkapitalisierung". Er hat als Legaldefinition der Unterkapitalisierung formuliert: "Als Unterkapitalisierung gilt der Betrag, um den das Eigenkapital der Gesellschaft erhöht werden müßte, damit weder das Verhältnis zwischen Eigenkapital und Fremdkapital, noch das Verhältnis zwischen Eigenkapital und Anlagevermögen den branchenüblichen Wert unterschreitet. Als branchenüblicher Wert gilt der sich aus der amtlichen Statistik ergebene Zentral-

---

1) Herber, GmbH-Rdsch. 1978, 29.
2) vgl. auch Rexrodt, 48.
3) 122ff.; s. auch Rexrodt, 48ff.

wert der Branche, in welcher sich die Gesellschaft betätigt"[1]. Im Falle von anfänglicher Unterkapitalisierung sollen nach diesem Vorschlag die Gesellschafter im Konkurs der Gesellschaft zum Nachschuß des Betrages der Unterkapitalisierung nach dem Verhältnis der Geschäftsanteil verpflichtet sein[2]. Bei nachträglicher Unterkapitalisierung hingegen soll eine Nachschußpflicht der Gesellschafter nicht bestehen, jedoch soll er Konkursverwalter berechtigt sein, den Betrag der Unterkapitalisierung im Wege der Aufrechnung gegen Forderungen von Gesellschaftern geltend zu machen[3].

b) Kritik

Dem Vorteil dieses Gesetzesvorschlags, klare Voraussetzungen für den Haftungsbestand aufgestellt zu haben[4], stehen andererseits deutliche Nachteile entgegen: Zum einen wird durch die direkte oder indirekte Nachschußpflicht im Konkurs praktisch das Prinzip der Haftungsbeschränkung aufgehoben, wobei die Gesellschafter ihr Risiko nicht einmal anhand eines "branchenüblichen Wertes" übersehen und kalkulieren können. Der branchenübliche Wert soll sich nämlich sowohl nach der Geschäftsgründung als auch nach dem letzten Bilanzstichtag[5] ändern können. Der Vorschlag Winters läßt weiter unberücksichtigt, ob der Eintritt des Konkurses auf einer Unterkapitalisierung beruht oder nicht[6]. Damit wird einmal der Faktor un-

---

1) § 2 Gesetzesvorschlag von G. Winter, 122.
2) § 3 Gesetzesvorschlag von G. Winter, 122f.
3) §§ 4-8 Gesetzesvorschlag von G. Winter, 123ff.; Rexrodt, 49.
4) vgl. Rexrodt, 49f.
5) § 4 IV Gesetzesvorschlag von G. Winter, 123.
6) dagegen s. E. § 48 a II 4 des Gesetzesvorschlags der Arbeitskreis GmbH-Reform, 21; Rexrodt, 49.

zureichende Eigenkapitalausstattung im Verhältnis zu sonstigen Gründen, die zum Konkurs eines Unternehmens führen können, deutlich überbewertet. Schließlich bestehen Bedenken, den branchenüblichen Wert als Maßstab zu nehmen. Selbst wenn sich ein solcher Zentralwert ermitteln ließe[1], darf doch nicht unberücksichtigt bleiben, daß oberstes Ziel jeder Unternehmensführung die Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts sein muß, dieses aber durchaus nicht in allen Fällen durch Einhaltung bestimmter Zentralwerte gewährleistet werden kann. Führen somit Finanzierungsfehler, die mit einiger Wahrscheinlichkeit ein finanzielles Gleichgewicht im Unternehmen negativ beeinflussen und zum Konkurs führen, zu keiner Haftung der Gesellschafter, so ist diese Regelung im Hinblick auf den Gläubigerschutz lückenhaft. Der Vorschlag Winters läßt daher eine abgewogene Einzelfallgerechtigkeit vernachlässigen[2].

---

1) Winter, 146, Fn. 94.
2) z.B.: der Konkurs eines wichtigen Geschäftspartners, ein Streik bei Lieferanten oder Abnehmern usw. (Erlinghagen, Fs. Kaufmann, 148, Fn. 34); auch Rexrodt, 50.

V. Zusammenfassung

1. Eine unzulängliche Eigenkapitalausstattung der GmbH führt eine potentielle Gläubigergefährdung herbei. Eine Rechtsordnung, die lediglich - wie in den §§ 32 a und 32 b geregelt - das Fremdkapital von Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital "umqualifiziert", würde jene Gesellschafter schlechter stellen, die wenigstens diese Opfer für die Gesellschaft bringen. Meines Erachtens sollte in den Fällen einer qualifizierten Unterkapitalisierung der GmbH eine unbeschränkte persönliche Ausfallhaftung der Gesellschafter gelten. Voraussetzung für diese Haftung wäre einmal die eindeutig unzureichende Kapitalausstattung der GmbH, die zum Konkurs der Gesellschaft führt. Zum anderen müssen diese Umstände den in Anspruch genommenen Gesellschaftern zugerechnet werden können. Dies würde als Rechtsfolge die vollständige Ausfallhaftung der verantwortlichen Gesellschafter nach sich ziehen, die durch den Konkursverwalter im Konkursverfahren geltend zu machen ist. Als Begründung ist der Gedanke heranzuziehen, daß die beschränkte Haftung der GmbH nicht zur Abwälzung des Geschäftsrisikos auf die Gläubiger führen darf.

2. Als erste Voraussetzung der Ausfallhaftung muß eine unzureichende Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft bestehen. Diese muß für Insider klar erkennbar sein und einen Mißerfolg zu Lasten der Gesellschaftsgläbiger bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnlich Geschäftsrisiko deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten lassen.

Im Gesellschaftsrecht gibt es zwar kein rechtliches Gebot angemessener Eigenkapitalausstattung, sehr wohl aber existiert das Verbot, die GmbH mit völlig unzureichendem Eigenkapital am Wirtschaftsleben teilnehmen zu lassen. Dieses obligatorische Eigenkapital hat nicht nur die Funktion eines Haftungspotentials für die Gesellschaftsgläubiger, sondern es dient zugleich im Gesellschaftsinteresse als Betriebsfonds zur Erhaltung des Unternehmens. Verboten ist damit

das offensichtlich unseriöse Geschäftsgebaren, d.h., die Gesellschafter dürfen die GmbH nicht mit völlig unzureichender Eigenkapitalausstattung am Wirtschaftsverkehr teilnehmen lassen. Mit dem Problem eines Schädigungsvorsatzes im Sinne von § 826 BGB hat dies nicht zu tun. Denn wer eine mit völlig unzureichendem Haftungspotential ausgestattete GmbH am allgemeinen Geschäftsverkehr teilnehmen läßt, nimmt in aller Regel die mögliche Schädigung der Gesellschaftsgläubiger durch deren Forderungsausfall im Konkurs zumindest billigend in Kauf. Ein derartiges Unternehmen birgt Gefahren in sich, und es ist mit dem Verlustrisiko zu rechnen.

Die angenommene Ausfallhaftung gilt sowohl für die Fälle der anfänglichen als auch für die Fälle der nachträglichen Unterkapitalisierung, denn das Verbot völlig unzureichender Eigenkapitalausstattung ist nicht nur bei der Gründung der GmbH, sondern während ihrer gesamten Existenz zu beachten. Wenn sich während des Geschäftsverlaufs eine nachhaltige und eindeutig unzureichende Eigenkapitalausstattung ergibt, muß entweder der Geschäftsumfang zurückgenommen oder das Eigenkapital aufgestockt werden.

Zweite Voraussetzung einer derartigen Haftung ist der Zusammenbruch der GmbH. Dies ist nicht bei nur vorübergehender Zahlungsunfähigkeit oder bei Überschuldung gegeben, sondern nur, wenn über das Vermögen der Gesellschaft das Konkurs- oder Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses eröffnet wird (§ 173 KO), oder wenn die Konkurseröffnung mangels Masse abgelehnt wird (§ 107 KO). Wenn die GmbH ihre Schulden nicht mehr vergleichen kann, so haben es die Gläubiger bei Vorliegen eines der Konkursgründe des § 64 I in der Hand, ihre Ansprüche gegen die Gesellschafter durchzusetzen, in dem sie Konkursantrag stellen und damit den Weg frei machen für die Ausfallhaftung der Gesellschafter.

Als dritte Voraussetzung muß die Kausalität zwischen Unterkapitalisierung und Konkursreife gegeben sein. Die Haftung

ist deshalb in den Fällen ausgeschlossen, in denen die Eröffnung des Konkursverfahrens oder des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses nicht auf der mangelhaften Kapitalausstattung der Gesellschaft beruht, wie z.B. bei einem konjunkturellen Einbruch, dem auch Unternehmen mit ursprünglich solider Kapitalausstattung zum Opfer fallen können, oder Gründen, die in der Person des Geschäftsführers liegen. Bei diesen Gründen wird man es zulassen, daß die Gesellschafter die Vermutung der Kausalität zwischen Unterkapitalisierung und der Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens wiederlegen können.

Im Hinblick auf den möglichen passiv legitimierten Personenkreis der Haftung, ist eine Beschränkung der Haftung auf die maßgeblichen Gesellschafter vorzunehmen. In den Fällen der anfänglich unterkapitalisierten GmbH ist die Aufnahme der Geschäftstätigkeit im Zweifel allen Gründern zuzurechnen. In den Fällen der nachträglichen Unterkapitalisierung kann aber das Zurechnungskriterium Bedeutung erlangen und zur Verneinung der Haftung derjeniger Gesellschafter führen, die aufgrund ihrer geringen Beteiligung an der GmbH und fehlenden internen Mitspracherechte keine Verantwortung für die Gläubigerschädigung haben, so insb. bei Minderheitsgesellschaftern. Die Gesellschafterzahl hat grundsätzlich keine Auswirkung auf die Ausfallhaftung.

Was die Aktivseite der Haftung betrifft, so ist eine Herausnahme von Vertragsgroßgläubigern aus dem Haftungsschutz angezeigt. Im Gegensatz zu diesen hat der wirtschaftlich unterlegene oder nur in gelegentlichen Kontakt zur GmbH tretende Gläubiger nicht die Durchsetzungskraft, um der GmbH und ihren Gesellschaftern zusätzliche Sicherheiten abzuringen.

Weiterhin tritt dann keine Haftung ein, wenn Dritte in voller Kenntnis der Unterkapitalisierung aus freien Stücken Geschäfte mit der GmbH tätigen und das damit verbundene hohe Risiko bewußt auf sich nehmen. Insb. sind hier die Fälle zu

erwähnen, in denen Dritte der unterkapitalisierten GmbH in Spekulationsabsicht gegen überhöhte Zinsen ungenügend gesicherte Kredite einräumen oder belassen.

Dem Haftungsumfang nach besteht bei der qualifizierten Unterkapitalisierung die unbeschränkte persönliche Haftung der verantwortlichen Gesellschafter für die von den GmbH-Gläubigern erlittenen Ausfälle. Der Anspruch ist in der Höhe auf den Ausfall beschränkt, den die einzelnen GmbH-Gläubiger infolge der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der GmbH erleiden. Der Haftungsdurchgriff wegen Unterkapitalisierung eröffnet den Gesellschaftsgläubigern neben dem Haftungspotential der Gesellschaft weitere Zugriffsmöglichkeiten, insb. auf das Vermögen der verantwortlichen Gesellschafter. Die für die Unterkapitalisierung verantwortlichen Gesellschafter haften den GmbH-Gläubigern als Gesamtschuldner. Der Ausgleich zwischen den Gesellschaftern richtet sich entsprechend § 24 nach dem Verhältnis ihrer Kapitalanteile (§ 426 BGB). Dabei sind Ausfälle aus kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen zu berücksichtigen.

Im Hinblick auf die verfahrensmäßige Behandlung der Ausfallhaftung besteht die Besonderheit, daß die Ausfallhaftung in zweifacher Weise subsidiär ist. Sie tritt nachrangig hinter die anderen originären Haftungsgründe zurück (Vertrauenshaftung, Vertragshaftung sowie deliktische Haftung). Zum anderen ist sie subsidiär gegenüber der Inanspruchnahme der Gesellschaft, d.h., sie greift nur unter der Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der GmbH ein. Geltend gemacht wird die Ausgleichspflicht durch den Konkursverwalter im Konkursverfahren, oder durch den Vergleichsverwalter im Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses. Wird das Konkursverfahren mangels Masse nicht eröffnet oder eingestellt, so können die Gesellschaftsgläubiger selbst, also ohne Einschaltung des Konkursverwalters gegen die Gesellschafter vorgehen.

Entscheidungsverzeichnis

1. Reichsgericht

20.03.1908 - II 586/07: RGZ 68, 172
27.10.1914 - III 127/14: RGZ 85, 380
04.06.1915 - III 582/14: RGZ 87, 18
21.01.1918 - VI 339/17: RGZ 92, 77
22.06.1920 - III 68/20: RGZ 99, 232
21.10.1921 - II 113/21: RGZ 103, 64
19.05.1930 - VI 534/29: RGZ 129, 50
16.11.1937 - II 70/37: RG JW 1938, 862
22.10.1938 - II 58/38: RGZ 158/302
03.12.1938 - II 84/38: RG JW 1939, 355
13.01.1941 - II 88/40: RGZ 166, 51
29.06.1942 - II 22/42: RGZ 169, 240

2. Bundesgerichtshof

24.03.1954 - II ZR 23/53 : BGHZ 13, 49 = GmbH-Rdsch. 1954, 75 = NJW 1954, 1157 = JZ 1954, 634 = LM Nr. 2 zu § 30
30.01.1956 - II ZR 168/54 : BGHZ 20, 4 = GmbH-Rdsch. 1956, 122 = WM 1956, 349 = NJW 1956, 785
29.11.1956 - II ZR 156/55 : BGHZ 22, 226 = GmbH-Rdsch. 1957, 28 = WM 1957, 59 = NJW 1957, 181
26.11.1957 - VIII ZR 301/56: GmbH-Rdsch. 1958, 111 = WM 1958, 460 = BB 1958, 169 = DB 1958, 160
14.12.1959 - II ZR 187/57: BGHZ 31, 258 = GmbH-Rdsch. 1960, 43 = NJW 1960, 285 = WM 1960, 42
04.07.1961 - VI ZR 84/60: GmbH-Rdsch. 1961, 161 = WM 1961, 1103
15.11.1962 - II ZR 134/61: GmbH-Rdsch. 1963, 208 = WM 1963, 121
14.07.1969 - VIII ZR 109/67: BB 1969, 1061 = DB 1969, 1787 = GmbH-Rdsch. 1969, 211 = WM 1969, 1079 = NJW 1969, 1719 = LM Nr. 24 zu § 30 KO = Nr. 4 zu § 30
18.11.1969 - II ZR 83/68: BGHZ 53, 71 = GmbH-Rdsch. 1970, 122 = WM 1970, 160 = NJW 1970, 469 = LM Nr. 5 zu § 19
18.07.1970 - VIII ZR 28/69: BGHZ 54, 222.

29.11.1971 - II ZR 121/69: WM 1972, 74 = BB 1972, 111

22.12.1971 - VIII ZR 136/70: BGHZ 58, 20 = GmbH-Rdsch. 1972, 64 = WM 1972, 133 = NJW 1972, 495 = LM Nr. 6 zu § 31 KO

05.06.1975 - II ZR 23/74: BGHZ 65, 15 = WM 1975, 1152 = NJW 1976, 191 = BB 1975, 1450 = JuS 1976, 54 = GmbH-Rdsch. 1975, 269.

27.09.1976 - II ZR 162/75: BGHZ 67, 171 = BB 1976, 1528 = GmbH-Rdsch. 1977, 105 = WM 1976, 1223 = NJW 1977, 104 = LM Nr. 6 zu § 30

03.11.1976 - I ZR 156/74: WM 1977, 73

04.05.1977 - VIII ZR 298/75: BGHZ 68, 312 = NJW 1977, 1449 = GmbH-Rdsch. 1977, 198 = WM 1977, 658

13.06.1977 - II ZR 232/75: BGHZ 69, 95 = NJW 1977, 1683 = BB 1977, 1065 = GmbH-Rdsch. 1977, 246 = WM 1977, 841

29.09.1977 - II ZR 157/76: BGHZ 69, 274 = BB 1977, 1730 = GmbH-Rdsch. 1978, 64 = WM 1977, 1377 = NJW 1978, 160

05.02.1979 - II ZR 210/76: WM 1979, 937 = GmbH-Rdsch. 1979, 246 = NJW 1979, 2245

30.11.1978 - II ZR 204/76: BB 1979, 339

20.06.1979 - IV ZR 106/78: BGHZ 75, 32 = NJW 1979, 1776

12.11.1979 - II ZR 174/77: BGHZ 75, 321 = NJW 1980, 589 = WM 1980, 30 = GmbH-Rdsch. 1980, 127

26.11.1979 - II ZR 104/77: BGHZ 75, 334 = NJW 1980, 592 = BB 1980, 222 = WM 1980, 78 = ZIP 1980, 115 = GmbH-Rdsch. 1980, 28 = JZ 1980, 197 = LM Nr. 9 zu § 30

24.03.1980 - II ZR 213/77: BGHZ 76, 326 = GmbH-Rdsch. 1980, 178 = WM 1980, 589 = NJW 1980, 1524 = BB 1980, 797 = ZIP 1980, 361 = LM Nr. 6 zu § 31.

05.11.1980 - VIII ZR 230/79: BGHZ 78, 318 = WM 1981, 32 = NJW 1981, 522 = LM Art. 7 EGBGB Nr. 50

13.07.1981 - II ZR 256/79: BGHZ 81, 252 = WM 1981, 870 = BB 1981, 1664 = ZIP 1981, 974 = NJW 1981, 2570 = LM Nr. 7 zu § 31

21.09.1981 - II ZR 104/80: BGHZ 81, 311 = WM 1981, 1200 = NJW 1982, 383 = DB 1981, 2373 = ZIP 1981, 1200.

28.09.1981 - II ZR 223/80: BGHZ 81, 365 = WM 1981, 1270 = DB 1981, 2485 = NJW 1982, 386

3. Oberlandesgerichte

15.02.1973 - 3 U 126/72: OLG Hamburg BB 1973, 1231
13.05.1977 - 15 U 132/75: OLG Karlsruhe WM 1978, 462
13.07.1977 - 2 U 31/77: OLG Celle GmbH-Rdsch. 1977, 222 = DB 1977, 1839 = WM 1977, 1240
30.04.1980 - 5 U 130/79: OLG Hamburg ZIP 1980, 911

4. Landgerichte

09.11.1951 - 11 O 20/St.: LG Stuttgart GmbH-Rdsch. 1951, 187
16.05.1979 - 4 O 74/78: LG Oldenburg ZIP 1980, 47
27.05.1981 -12 O 318/80: LG Düsseldorf ZIP 1981, 601

5. Sonstige Entscheidungen

17.05.1960 - 2 BvL 11/59, 11/60: BVerfGE 11, 126
26.03.1963 - I RA 168/60: BSG NJW 1963, 1373 = BB 1963, 900
01.08.1963 - VI KRBf.16/61: LSG Hamburg NJW 1963, 2293 = GmbH-Rdsch. 1964, 95 = BB 1963, 1487.
08.05.1970 - 3 S a 594/69: LAG Bayern GmbH-Rdsch. 1972, 31
24.09.1974 - 3 AZR 589/73: BAG NJW 1975, 708 = GmbH-Rdsch. 1975, 62

Literaturverzeichnis

Albach, Zur Finanzierung von Kapitalgesellschaften durch ihre Gesellschafter, ZfgesStW, Bd. 118 (1962), 653ff.

Angermann, Wachsen oder Weichen, Überlebenschancen für den wirtschaftlichen Mittelstand, Stuttgart, 1970

Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Bd. 2, G. Hueck, Lutter, Mertens, Rehbinder, P. Ulmer, Wiedemann und Zöllner, Heidelberg, 1972

Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen, 1949

- 75 Jahre GmbH-Gesetz, GmbH-Rdsch. 1967, 66 ff.

- Gesellschaftsrechtliche Probleme der Reform des GmbH-Rechts, ZHR 135 (1971), 383 ff.

Balser/Meyer/Pichura, Die GmbH. Ein Handbuch für die wirtschaftliche, notarielle und gerichtliche Praxis mit Erläuterungen, Beispielen, Formularen, Freiburg i. Br., 6. Aufl. (1975)

Bartl/Henkes, GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Frankfurt a. M., 1980

Barz, Kapitalfragen im Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, in: GmbH-Reform, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1970

- Die Reform des GmbH-Rechts, GmbH-Rdsch. 1963, 124ff.

Baumbach - Duden - Hopt, Handelsgesetzbuch, Kurz-Kommentar, München, 25. Aufl. (1983)

Baumbach-Hueck, GmbH-Gesetz, München, 13. Aufl.

Bauer, Konkurs- und Vergleichsrecht, UTB 880, Heidelberg, Karlsruhe, 1979

Baumann, Konkurs- und Vergleich, Bielefeld, 2. Aufl. (1981)

Baums, Neues Recht für GmbH und GmbH & Co. KG, StuW 1980, 298ff.

Bauschke, Durchgriff bei juristischen Personen. Terminologische und inhaltliche Probleme, BB 1975, 1322

Bender, GmbH-Rechtsreform vom Standpunkt der Praxis, GmbH-Rdsch. 1978, 33 ff.

Benne, Haftungsdurchgriff bei der GmbH, insbesondere im Fall der Unterkapitalisierung, Schriftenreihe: Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, H. 39, Köln, 1978

Beinert/Hennerkes/Binz, Kapitalersetzende Darlehen und GmbH-Novelle, GmbH-Rdsch., 1981, 10

Beise, Die Einlageforderung vor, in und nach dem Konkurs der GmbH, GmbH-Rdsch., 1978, 101ff.

Beitzke, Besprechung von Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, JZ 1956, 40

Bender, GmbH-Rechtsreform vom Standpunkt der Praxis, GmbH-Rdsch. 1978, 33ff.

Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1., 1. Lieferung, 1974

Bischoff, Die Finanzierungsregeln im Lichte der neuen Literatur, DB 1971, 1581ff.

Büschgen, Zur Eigenkapitalausstattung der GmbH und der GmbH u. Co. KG, GmbH-Rdsch. 1974, 25ff., 49ff.

v. Caemmerer, Unterkapitalisierung und Gesellschafterdarlehen, Fs. Pieter Sanders, 1972

Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin, 1964
- Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München, 1971
- Die Rückgewähr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendung an Dritte, Fs. Robert Fischer, Berlin, New York, 1979, 31ff.

Centrale für GmbH, Dr. Otto Schmidt, Probleme der GmbH-Reform, Schriftenreiche: Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, H. 25, Köln, 1970
- Stellungnahmen zur GmbH-Reform, Köln, 1972
- Pro GmbH, Analysen und Perspektiven des Gesellschafts- und Steuerrechts der GmbH, Köln, 1980
- Das neue GmbH-Recht in der Diskussion, Schriftenreihe: Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, H. 40, Köln, 1981

Coenenberg/Luckan/Sieben, Zu den Rechnungslegungsvorschriften des Referentenentwurfs eines GmbH-Gesetzes, GmbH-Rdsch. 1970, 144ff

Claussen, Kapitalersetzende Darlehen und Sanierungen durch Kreditinstitute, ZHR 147 (1983), 195ff.

Crüger-Crecelius, Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Systematische Darstellung und Kommentar nebst Entwürfen von Gesellschaftsverträgen und praktischer Anleitung für die Registerführung, Berlin, Leipzig, 6. Aufl. (1922).

Coing, Zum Problem des sogenannten Durchgriffs bei Juristischen Personen, NJW 1977, 1793

Dempewolf, Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen bei Personalgesellschaften im Konkurs der Gesellschaft, DB 1961, 969ff. , 1011ff.

Dahl, Die Bewertung bei der Ermittlung der Überschuldung einer GmbH nach § 63 GmbHG, GmbH-Rdsch. 1964, 112ff.

Deutler, Novellierung des GmbH-Gesetzes, GmbH-Rdsch. 1977, 73ff.

- Das neue GmbH-Recht. GmbH-Novelle 1980, Düsseldorf, 1980
- Änderungen des GmbH-Gesetzes und anderer handelsrechtlicher Vorschriften durch die GmbH-Novelle 1980, GmbH-Rdsch. 1980, 145ff.

Drobnig, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung Hamburg, H. 4, Frankfurt a. M., Berlin, 1959

Drukarczyk, Bilanzielle Überschuldungsmessung - Zur Interpretation der Vorschriften von § 92 Abs. 2 AktG und § 64 Abs. 1 GmbHG - , ZGR 1979, 553ff.

Ebenroth, Die verdeckten Vermögenszuwendungen im transnationalen Unternehmen, Ein Beitrag zum Schutz von Fiskal-, Aktionärs-, Gläubiger- und Arbeitnehmerinteressen im Transnationalen Unternehmen, Bielefeld, 1979.

Eder, Die GmbH in Rückschau und Ausblick, GmbH-Rdsch. 1966, 1 ff.

- Rechtsvergleichende Gedanken zur GmbH-Reform, GmbH-Rdsch. 1966, 135ff.

- Handbuch der GmbH. Praktische Rechtshilfe für die Organe der GmbH und ihre Berater, Köln, 10. Aufl. (1982)

Emmerich, Anmerkung zu BGHZ 65, 15, JuS 1976, 54

- Anmerkung zu BGHZ 68, 312, NJW 1977, 2163

Erlinghagen, Haftungsfragen bei einer unterkapitalisierten GmbH, GmbH-Rdsch. 1962, 169ff.

- Gesellschafterdarlehen im Regierungsentwurf eines neuen GmbH-Gesetzes, Fs. Heinz Kaufmann, Köln-Marienburg, 1972, 139ff.

Erman, Zur Frage der Haftung der Hintermänner überschuldeter Gesellschaften, KTS 1959, 129ff.

Ernaelsteen, Fragen des Gläubigerschutzes in den Neuordnungen der GmbH im deutschen und französischen Recht, Diss. Münster, 1975.

Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen, 1964.

Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Tübingen, 5. Aufl. (1975)

Fabricius, Das Stammkapital der GmbH - Zur Frage seiner Rechtfertigung und der Rechtfertigung seiner Höhe, GmbH-Rdsch. 1970, 137ff.

Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Ehrenberg (Hrsg.), Handbuch des gesamten Handelsrechts, Dritter Band, III. Abteilung, Leipzig, 1929

Fessler, Die Behandlung der Gesellschafterdarlehen in den GmbH-Rechten der Europäischen Gemeinschaften, Diss. Bonn, 1970

Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. IV, Dogmatischer Teil, Tübingen, 1977

Fischer, Fragen aus dem Recht der GmbH, JZ 1956, 362ff.
- Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem, in: Fs. Walter Schmidt, Berlin, 1959, 117ff.
- Zur Methode revisionsrichterlicher Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, in: Fs. Kunze, Berlin, 1969, 95ff.
- Die GmbH in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, in: Pro GmbH, 137ff.
- GmbH-Gesetz Kommentar, begründet von Scholz, 10. Aufl. (1983)

Fleck, Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbH-Rdsch. 1974, 224ff.
- Anmerkungen zu BGH LM § 30 GmbHG, Nr. 4-6, 7-9 und 32-48.
- Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Insolvenzprobleme in der GmbH, Köln, 2. Aufl. (1982)

Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts I/1, - Die Personengesellschaft -, Berlin, Heidelberg, New York, 1977
- Die werdende juristische Person, Fs. Ernst Geßler, München, 1971, 3ff.
- Der Gesellschafter und das Vermögen der Kapitalgesellschaft und die Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung, ZHR 144 (1980), 18ff.

Fränkel, Die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Eine volkswirtschaftliche Studie, Tübingen, 1915

Freese, Anmerkung zum BGH-Urteil v. 26.11.1957 - VIII ZR 301/56 = GmbH-Rdsch. 1958, 111 = BB 1958, 169 = DB 1958, 160, GmbH-Rdsch. 1958, 112.

Friedrich, Die Finanzierung der GmbH durch Gesellschafterdarlehen, Zugleich ein Beitrag zur Reform des GmbH-Rechts, Diss. Hamburg, 1974

Gefahr für die GmbH, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines neuen GmbH-Gesetzes, Deutscher Industrie- und Handelstag (Hrg.), Köln, 1969

Gersch/Herget/Marsch/Stützle, GmbH-Reform 1980. Erläuterung mit praktischen Hinweisen, Wiesbaden, 1980.

Geßler, Probleme der GmbH-Rechtsform, GmbH-Rdsch. 1966, 102
- Grundfragen der GmbH-Reform, BB 1971, 665
- Die GmbH-Novelle, BB 1980, 1385
- Zur Problematik bei kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, ZIP 1981, 228ff.
- Die GmbH in der gesellschaftsrechtlichen Gesetzgebung, in: Pro GmbH, Köln 1980, 137ff.

Goerdeler/Müller, s. Hachenburg-Kommentar, § 30

Goutier/Seydel, GmbH-Gesetz. Handkommentar zum GmbH-Gesetz und zur GmbH-Novelle 1980, I. Teil, Herne, Berlin, 1980

Grossmann, Unterkapitalisierung und Gesellschafterdarlehen - amerikanische Erfahrung -, GmbH-Rdsch. 1978, 77ff.
- Gesellschafterdarlehen bei Insolvenz - amerikanische Erfahrungen zum Gläubigerschutz -, Berlin, 1978

Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 3. Bd.: Die Finanzen, 8. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, 1980

Haberlandt, Zur Problematik der Durchgriffshaftung. Identität und Durchgriff, BB 1980, 847.

Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, 7. Aufl., Bearb. von Barz, Behrens, Goerdeler, Klug, Mertens, Schilling u. Ulmer, Berlin, New York, 1. Bd. (1975), 2. Bd. (1979).

Hallstein, System der Kapitalberichtigung, in: Die Berichtigung des Gesellschaftskapitals, Frankfurt a.M., 1942

Härle, Finanzierungsregeln und ihre Problematik, Wiesbaden, 1961

Hagenmüller, Kreditwürdigkeitsprüfung, in: Handwörterbuch der Finanz-Wirtschaft, 1224f.

Hansen, Das wirtschaftliche Gewicht der Gesellschaften mbH, GmbH-Rdsch. 1978, 126ff.

- Insolvenzhäufigkeit und Rechtsform, GmbH-Rdsch. 1979, 241ff.

- Die Kapitalausstattung der GmbH, GmbH-Rdsch. 1979, 259ff.

Helm, Theorie und Sachanalyse im Recht "atypischer" Gesellschaften. Eine Besprechung der Habilitationsschriften von Immenga und Nitschke, ZGR 2 (1973), 478ff.

Hax/Laux (Hrg.), Die Finanzierung der Unternehmung, Neue wissenschaftliche Bibliothek Bd. 70, Köln, 1975

Herber, Zum Entwurf einer GmbH-Novelle, GmbH-Rdsch. 1978, 25ff.

Hilber, Das neue GmbH-Gesetz. Kommentar für Gesellschafter, Geschäftsführer und Berater, Wiesbaden, 1980

Hirsch, Zur Auslegung und Reform der Überschuldungsbestimmung im Gesellschaftsrecht, Fs. A. Hueck, 1959, 307ff.

Höll, Notwendigkeiten und Möglichkeiten der GmbH-Reform, Diss. Freiburg, 1962

Höper, Die Haftung der Gesellschafter bei einer unterkapitalisierten GmbH, Diss. Göttingen, 1972

Hofmann, Zum Durchgriffsproblem bei der unterkapitalisierten GmbH, NJW 1966, 1941ff.

- Die personalistische Kapitalgesellschaft, Besprechung von Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, ZHR 137 (1973), 416ff.
- Zum Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, AG 1969, 337ff.

Hommelhoff, Das Risikokapital der GmbH, in: Die Zukunft der GmbH vor dem Hintergrund der deutschen und österreichischen Novelle vom 1.1.1981, 15ff.

Hopt/Hehl, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (1982), München

- Probleme der Unterkapitalisierung bei einer GmbH & Co. KG, JA 1979, 119ff.

Hübner, Der Durchgriff bei juristischen Personen im europäischen Gesellschafts- und Unternehmensrecht, JZ 1978, 703.

Hueck, Alfred, Gedanken zur Reform des Aktienrechts und des GmbH-Rechts, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e.V., Berlin, H. 11, Berlin, 196

Hueck, Götz, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München, 1958

- Gesellschaftsrecht, München, 18. Aufl. (1983)

Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH-Recht und dem Recht der Corporation in den Vereinigten Staaten, Bad Homburg v. d., 1970

- Konkursanfechtung und Gesellschafterdarlehen. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH III ZR 109/67 v. 14.7.1969, GmbH-Rdsch. 1970, 258ff.

- Der neue Referentenentwurf zum GmbH-Gesetz, BB 1977, 957ff.

Jaeger-Weber, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, Großkommentar begr. von Jaeger, 9. Aufl. bearbeitet v. Henckel u. Weber, Berlin, New York, 1977ff.

John, Die organisierte Rechtsperson. System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Bd. 40, Berlin, 1977.

Kalter, Einige Gedanken zur unterkapitalisierten GmbH - Ein Fall der Durchgriffshaftung, KTS 1970, 267ff.

Kamm, Gesellschafterdarlehen an Kapitalgesellschaften, nach deutschem Recht unter Berücksichtigung des schweizerischen und französischen Rechts, Diss. München, 1967

Kamprad, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen an eine GmbH als verdeckte Stammeinlage im Steuer- und Privatrecht, Diss. Berlin, 1967

- Gesellschafterdarlehen an die GmbH und GmbH & Co., Köln, 2. Aufl. (1981).
- Verdecktes Stammkapital und verdeckte Gewinnausschüttungen bei Überschuldung der GmbH, GmbH-Rdsch. 1969, 81ff.
- Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen in dem Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, GmbH-Rdsch. 1969, 168ff.
- Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen im Konkurs und Vergleich der GmbH in der rechtspolitischen Diskussion, GmbH-Rdsch. 1975, 54ff.

Klasmeyer, Anmerkung zum BGH-Urteil v. 26.11.1979 - II ZR 104/77, ZIP 1980, 117

Klausing, "Beteiligungsdarlehen" bei der GmbH, ZAkDR 1939, 79ff.

Klauss/Mittelbach, Die GmbH. Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Ludwigshafen. 2. Aufl. (1981).

Kleinertz, Mißbrauch der Haftungsbeschränkung bei der GmbH. Zugleich ein Beitrag zur Mißbrauchslehre und zur Durchgriffshaftung, Diss. Köln, 1967

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, s. Zöllner.

Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, Frankfurt a.M., 4. Aufl. (1981

Krahnen, Die Eigenkapitalbasis der Unternehmen, in: Eigenkapital und Kapitalmarkt, Frankfurt a.M., 1978

Kreifels, Haftungsfragen bei der Einmann-GmbH, GmbH-Rdsch. 1956, 81ff.

Kreutz,Neuerungen im GmbH-Recht durch die Novelle v. 4.7.1980, in: Das GmbH-Recht, Textausgabe mit einer Einführung unter Berücksichtigung der Novelle zum GmbH-Gesetz, Neuwied, Darmstadt, 1981

Kreuzer, Probleme des Gläubigerschutzes in der GmbH-Reform, DB 1978, 825ff.

- Die allgemeinen Gläubigerschutzbestimmungen der GmbH-Novelle, ZIP 1980, 597ff.

Kübler, Gesellschaftsrecht, Heidelberg, Karlsruhe, 1981

Kühn, Günter, Die Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH, die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht und der sich daraus ergebende Schadensersatzanspruch gegen die Geschäftsführer, Gesellschafter und Dritte. Zugleich ein Beitrag zum Problem der unterkapitalisierten GmbH, Diss. Münster, 1969

Kühn, Manfred, Die Minderheitsrechte in der GmbH und ihre Reform. Zugleich ein Beitrag zum Wesen der GmbH, Diss. Hamburg, 1964

Kuhn, Georg, Haftungsprobleme bei der GmbH und Co., Fs. Bruno Heusinger, München, 1968, 203ff.

- Konkursrechtliche Probleme bei der GmbH & Co. KG, Fs. Schilling, Berlin, New York, 1973, 69ff.

- Haften die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich?, Fs. Fischer, Berlin, New York, 1979, 351ff.

Kuhn, Ottmar, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlung, Bd. 10, 1964

Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Heidelberg, New York, 4. Aufl. (1979)

Lewald, Anmerkung zum BGHZ 20, 4, NJW 1956, 785

Limbach, Theorie und Wirklichkeit der GmbH. Die empirischen Normaltypen der GmbH und ihr Verhältnis zum Postulat von Herrschaft und Haftung, Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung an der Freien Universität Berlin, Bd. 2, Berlin, 1966

- Die beschränkte Haftung in Theorie und Wirklichkeit, GmbH-Rdsch. 1967, 71ff.

- Der Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes und die Rechtswirklichkeit, in: GmbH-Reform, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich, 1970, 11

Löhlein, Die durch die Sachlage gebotene Kapitalzuführung, Fs. Peter Scherpf, Berlin, 1968, 347ff.

Lohmann, Zur Problematik der goldenen Bilanzregel. Zugleich ein Beitrag zur Anwendung des § 3 Abs. 1 des Kapitalverkehrsteuergesetzes, WPG 1959, 141ff.

Luckan/Schacht, Gläubigerschutz, Publizität und Haftung, DB 1970, 1449ff.

Lutter, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG. Eine Untersuchung zur Ausfüllung von Artikel 54 Absatz 3 lit. g des Vertrages über die Errichtung einer Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Karlsruhe, 1964

- Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft, in: Centrale für GmbH (Hrg.), Probleme der GmbH-Reform, 1970, 63ff.

- Die GmbH-Novelle und ihre Bedeutung für die GmbH, die GmbH & Co. KG und die Aktiengesellschaft, DB 1980, 1317ff.
- Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe, ZGR 1982, 244

Lutter/Hommelhoff, Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH, ZGR 1979, 31ff.

Maul, Die durch die Sachlage gebotene Kapitalzuführung, BB 1969, 307ff.

Matschke, Die Maßnahmen zur Verbesserung des Gläubigerschutzes bei der GmbH nach der GmbH-Novelle 1980, DBW 1981, 553ff.

Meißner, Die Erhaltung des Stammkapitals einer GmbH - ein Vergleich zwischen geltendem Recht und dem Regierungsentwurf eines Gesetzes über GmbH-, Diss. Mainz, 1974

Mellerowicz, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, Bd. 4, Berlin, 12. Aufl. (1968)

Mertens, in: Hachenburg - Kommentar, 7. Aufl. (1979), § 13 Anh. 1
- in: Kölner - Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 3. Lieferung, § 93

Möser, Das nachrangige Haftkapital: Fremdkapital, das für Schulden haftet, DB 1980, 1357ff.

Müller, Klaus, Zur Haftung des Gesellschafters im Konkurs der unterkapitalisierten GmbH, ZRP 1975, 101ff.
- Der Tatbestand des kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens in § 32 a Abs. 1 GmbHG, GmbH-Rdsch. 1982, 33ff.

Müller, Welf, Änderung des GmbH-Gesetzes und anderer handelsrechtlicher Vorschriften zum 1. Januar 1981, Wpg 1980, 369ff.

Müller-Freienfels, Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156 (1957), 522ff.

Neflin, Schutz des gutgläubigen Verkehrs vor einem schädigenden Verhalten einer Kapitalgesellschaft stehenden Kräfte, GmbH-Rdsch. 1963, 41ff.

Niederste-Osthalt, Die Rolle des Kapitalmarktes für Eigenkapital (Aktienemissionen), in: Eigenkpaital und Kapitalmarkt, Frankfurt a.M., 1978

Nölting, Die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung der Gläubiger einer GmbH durch die Gewährung von Darlehen durch einen Gesellschafter und ihre Rechtsfolgen, Diss. München, 1968

Pleyer, Zur Haftung bei einer Strohmann-GmbH, GmbH-Rdsch. 1960 43ff.; zugleich eine Anmerkung zu BGHZ 31, 25

- Zur Haftung des Gesellschafters einer unterkapitalisierten Strohmann-GmbH, GmbH-Rdsch. 1963, 206ff.
- Anmerkung zu LSG Hamburg, GmbH-Rdsch. 1964, 9
- Zur Insolvenzanfälligkeit des Unternehmens, KTS 1966, 86f.

Priester/Schmidt, Die GmbH-Novelle - Konsequenzen für die Praxis, RWS-Skript Nr. 72, Köln, 1980, insb. 35ff.

Pro GmbH, Analysen und Perspektiven des Gesellschafts- und Steuerrechts der GmbH, aus Anlaß des 75-jährigen Jubiläums der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt, H. M. Schmidt (Hrg.), Köln, 1980

Raiser, T., Die neuen Gründungs- und Kapitalerhöhungsvorschriften für die GmbH, in: Das neue GmbH-Recht in der Diskussion, Köln, 1981, 21ff.

- Recht der Kapitalgesellschaften - Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Kapitalgesellschaft & Co., München, 1983

Rehbinder, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich, 1969

- Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht, Fs. Fischer, Berlin, New York, 1979, 579ff.

Reinhardt, Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmanngesellschaft. Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Fs. Lehmann, Berlin, Tübingen, 1956, 576 ff.

Reinhardt/Schultz, Gesellschaftsrecht, Tübingen, 2. Aufl. (1981)

Reuter, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, Frankfurt a.M., 1973

- in: Münchner - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 (Allgemeiner Teil), Vor § 21, München, 1978

Rexrodt, Die Behandlung des Gesellschafterdarlehens im Konkurs der GmbH unter Berücksichtigung der Finanzierung. Zugleich ein Beitrag zur Reform des GmbH-Rechts, Diss. Mainz, 1978

Riezler, Venire Contra Factum Proprium, Studien im römischen, englischen und deutschen Civilrecht, Leipzig, 1912

Rinklin, Die vergleichsfähige und die konkursreife Unternehmung. Versuch einer Typologie notleidender Unternehmungen, Stuttgart, 1960

Rittner, Die werdende juristische Person, Tübingen, 1973

Rogusch, Mindesteigenkapital, Haftungsbeschränkung und Gläubigerschutz bei der GmbH, Europäische Hochschulschriften Reihe, 5. Bd. 234, Frankfurt a.M., Bern, Las Vegas, 1979

Rokas, Die Regelung von Gesellschafterdarlehen an die Gesellschaft nach dem griechischen Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, ZHR 128 (1966), 297ff

Roth, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit Erläuterungen, München, 1983

Rütter-Preis, Neuere Entscheidung des BGH zur Anwendung der §§ 30 I, 31 GmbHG auf Gesellschafterdarlehen und die Neuregelung in § 32 a I GmbHG, JA 1981, 30ff.

Rutkowsky, Die Novelle des GmbH-Rechts, ZfbF 1981, 373ff.

Samm, Das Eigenkapital in der industriellen Finanzierung, Diss. Berlin, 1965

- Durchgriff, Normanwendung oder Organhaftung?, AG 1982, 42ff.

Schilling, Die Einmanngesellschaft und das Einzelunternehmen mbH, JZ 1953, 161ff.
- Rechtspolitische Gedanken zur GmbH u. Co., Fs. Otto Kunze, Berlin, 1970, 189ff.
- Anmerkung zu BGHZ 65, 15, BB 1975, 1451
- in Hachenburg-Kommentar, § 13

Schmidt, Karsten, Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Unterkapitalisierung bei der GmbH & Co., DB 1973, 2227ff.
- Die Kreditfunktion der stillen Einlage, ZHR 140 (1976), 475ff.
- Das Vollstreckungs- und Insolvenzrecht der stillen Gesellschaft, KTS 1977, 1ff. , 65ff.
- Anmerkung zu BGHZ 67, 171 = NJW 1977, 104, NJW 1977, 107ff.
- Anmerkung zu BGHZ 68, 312 = NJW 1977, 1449, NJW 1977, 1451
- Zur Differenzhaftung des Sacheinlegers (nach gegenwärtigem Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre), GmbH-Rdsch. 1978, 5ff.

- Konkursgründe und präventiver Gläubigerschutz. Ein Beitrag zur Diskussion um den Konkursgrund der Überschuldung -, AG 1978, 334ff.
- Vom Konkursrecht der Gesellschaften zum Insolvenzrecht der Unternehmen, ZIP 1980, 233ff.
- Grundzüge der GmbH-Novelle, NJW 1980, 1769ff.
- Fortschritte und Abstimmungsprobleme im Recht der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen. - Bemerkungen zur BGH-Praxis am Vorabend der GmbH-Novelle -, ZGR 1980, 567ff.

Schanze, Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung, Frankfurt a. M., 1975

- in: Scholz-Kommentar, §§ 63, 64, 47.
- Das neue Auskunfts- und Einsichtsrecht des GmbH-Gesellschafters, in: Das neue GmbH-Recht in der Diskussion, s. Centrale für GmbH, 87ff.
- Gesellschaftsdarlehen als Insolvenzrechtsproblem, ZIP 1981, 689ff.
- Kapitalersetzende Bankenkredite?, ZHR 147 (1983), 165ff.

Schönle, Nochmals: Zur Haftung bei einer Strohmann-GmbH, GmbH-Rdsch. 1960, 63ff.

Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, begr. von Franz Scholz. Bearb. von Emmerich, Konzen, Priester, K. Schmidt, Schneider, Skibbe, Tiedemann, Westermann, Winter, Köln, 6. Aufl. (1978ff.)

Scholz/Fischer, GmbH-Gesetz, Kommentar, Köln, 10. Aufl. (1983)

Schreiber, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, Eine handelsrechtliche Untersuchung, München, 1925

Schwantag, Eigenkapital als Risikoträger, ZfhF, n.F., 15. Jahrgang (1963), 218ff.

Schwark, Besprechung des Großkommentars zum GmbHG von Hachenburg, 7. Aufl., 3.-6. Lieferung, ZHR 147 (1983), 93ff.

Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 26, Berlin, Tübingen, 1955

- Rückerstattungsrechtliche Probleme bei juristischen Personen, NJW 1956, 895ff.
- Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen. Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe, 1959
- Überschuldete Gesellschaft und konkursabwendender Forderungsrücktritt eines Nichtgesellschafters, ZIP 1980, 9ff.
- Kapitalersetzende Bankkredite? ZHR 147 (1983), 165 ff.

Sidlo, Anmerkung zum Urteil vom LG Stuttgart, GmbH-Rdsch. 1951, 187

Siebert, Einmann-GmbH und Strohmanngründung, BB 1954, 417ff.
- Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs. Über die konkrete Gestaltung der Rechte, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, hrsg. von Karl Larenz, Berlin, 1935, 189ff.

Sonnenberger, Das Darlehen des GmbH-Gesellschafters als Mittel der Gesellschaftsfinanzierung, NJW 1969, 2033ff.

Stauder, Gesellschafterdarlehen an Kapitalgesellschaften. Zugleich eine Besprechung der gleichnamigen Dissertation von Christoph Kamm, GmbH-Rdsch. 1968, 72ff.

Steffen, Eigenkapitalzuführung durch Gesellschafterdarlehen bei einer GmbH unter besonderer Berücksichtigung des § 49 Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes, Diss. Hamburg, 1974

Steindorff, Buchbesprechung von Balduin Kamprad, Gesellschafterdarlehen an die GmbH als verdecktes Stammkapital, ZHR 132 (1969), 280ff.

Strobel, Betriebswirtschaftliche Überlegungen zur Reform der Behandlung von GmbH-Gesellschafterdarlehen im Falle des Konkurses oder Vergleichs, DB 1973, 1961ff.

Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH. Kommentar und Formularbuch, München, 6. Aufl. (1982).

Teichmann, Zur Reform der GmbH, JZ 1970, 132ff.

Thöne, Behandlung der Gesellschafterdarlehen im Konkurs der Gesellschaft nach der GmbH-Novelle, DB 1980, 2179ff.

Timm, Das neue GmbH-Recht in der Diskussion, GmbH-Rdsch. 1980, 286ff.

Tittel, Gesellschafterdarlehen im Konkurs der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. München, 1969

Töndury/Gsell, Finanzierung. Das Kapital in der Betriebswirtschaft, Zürich, 1948

Uhlenbruck, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, 1977

- Gesetzliche Konkursantragspflichten und Sanierungsbemühungen, ZIP 1980, 73ff.

Ullrich, Gesellschafterdarlehen der Banken in der Finanzkrise der GmbH, GmbH-Rdsch. 1983, 133ff.

Ulmer, Peter, Die Gründung der GmbH, in: Probleme der GmbH-Reform, s. Centrale für GmbH (Hrg.), 1970, 42ff.

- Zu einer neuen Theorie der juristischen Person, ZHR 140 (1976), 61ff.

- in: Hachenburg-Kommentar, § 30 Anhang

- Gesellschafterdarlehen und Unterkapitalisierung bei GmbH und GmbH & Co. KG, Fs. Konrad Duden, 1977, 661ff.
- Die neuen Vorschriften über kapitalersetzende Darlehen und eigene Geschäftsanteile der GmbH, in: Das neue GmbH-Recht in der Diskussion, s. Centrale für GmbH, 1981, 55ff.
- Konkursantragspflicht bei Überschuldung der GmbH und Haftungsrisiken bei Konkursverschleppung, KTS, 1981, 469ff.
- Zur GmbH-Reform in Österreich und Deutschland, Rechtsvergleichende Bemerkungen, GesRZ 1981, 193ff.

Unger, Die Inanspruchnahme des verdeckten Kapitalgebers. Zur Lehre von der Durchgriffshaftung, KTS 1959, 33ff.
- Der dingliche Durchgriff, BB 1976, 290

Veit, Die Definition der Zahlungsunfähigkeit als Konkursgrund, ZIP 1982, 273ff.

Viel, Betriebs- und Unternehmensanalyse, 2. Aufl. (1958)

Vogel, GmbH-Gesetz, Kommentar, Berlin, Frankfurt a.M., 2. Aufl. (1956)

Vormbaum, Finanzierung der Betriebe, Wiesbaden, 5. Aufl. (1977)

Wacke, Vom Kampf gegen die Gesetzesumgehung, ZAkDR 1936, 110ff.

Weber, s. Jaeger-Weber

Westermann, H. P., Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin, 1970

- Gläubigerschutz bei der Neuordnung der GmbH, Tübingen, 1971
- in: Scholz-Kommentar, Einleitung
- Schwerpunkte der Fortbildung des GmbH-Rechts durch Praxis und Wissenschaft, GmbH-Rdsch. 1979, 217ff.
- Die GmbH - ein "Allzweck-Instrument"? in: Pro-GmbH, Köln, 1980, 23ff.
- Banken als Kreditgeber und Gesellschafter - Zur Entscheidungsfreiheit der Bank im Kreditgeschäft, ZIP 1982, 379ff.

Wieacker, Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts, Fs. Huber, Göttingen, 1973, 339ff.

Wiedemann, Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH, unter Berücksichtigung des amerikanischen, deutschen und französischen Gesellschaftsrechts, in: Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH. Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 36, Frankfurt a.M., Berlin, 1968, 5ff.
- Unternehmensrecht und GmbH-Reform, JZ 1970, 593ff.
- Die Bedeutung der ITT-Entscheidung, JZ 1976, 392ff.

- Juristische Personen und Gesamthand als Sondervermögen, Sonderausdruck WM Nr. 4, 1975.
- Gesellschaftsrecht, Bd. 1: Grundlagen, München, 1980

Wilhölter, Die GmbH in einem modernen Gesellschaftsrecht und der Referententwurf eines GmbH-Gesetzes, in: Probleme der GmbH-Reform, s. Centrale für GmbH (Hrg.), 1970, 11ff.

- GmbH und Co. KG, Chancen und Grenzen, in: Aktuelle Probleme der GmbH & Co., Schriftenreihe Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, H. 15, 3. Aufl. (1974), 11ff.

Wilhelm, Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung, Fs. Flume, Köln, 1978, Bd. 2, 337ff.

- Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, Köln, Berlin, Bonn, München, 1981

Winkler, Die Haftung der Gesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH, BB 1969, 1202

Winter, Georg, Die Haftung der Gesellschafter im Konkurs der unterkapitalisierten GmbH, Frankfurt a.M., 1973

Winter, Heinz, Grundsätzliche Fragen zum Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes, GmbH-Rdsch. 1972, 5ff.

- in: Scholz-Kommentar, § 13

Wöhe, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, München, 14. Aufl. (1981)

Woeste, Gesellschafterdarlehen und gesellschafterverbürgte Darlehen an die GmbH in deren Konkurs, GmbH-Rdsch. 1959, 131ff.

Wolany, Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, in: Schriftenreihe Rechtsfragen der Handelsgesellschaften, H. 10, Köln, 1964

- Rezension zu Wüst, Gläubigerschutz bei der GmbH, ZHR 129 (1967), 337ff.

Würdinger, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, Heidelberg, Karlsruhe, 4. Aufl. (1981)

Wüst, Gläubigerschutz bei der GmbH, Veröffentlichungen der Wirtschaftshochschule Mannheim, Reihe 2, H. 13, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1966

- Gestaltungsfreiheit und Typenkatalog im Gesellschaftsrecht, Fs. Duden, 1977, 749 ff.

Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München, Berlin, 1963

- Einführung in das Konzernrecht, JuS 1968, 297ff.

- Zum Unternehmensbegriff der §§ 15 ff. AktG, ZGR 1976, 1ff.

- (Hrg.) Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bearb. von Biedenkopf, Claussen, Geilen, Koppensteiner, Kraft, Kronstein, Lutter, Mertens, Zöllner, Köln, Berlin, Bonn, München, 1970ff.

L E B E N S L A U F

Ich wurde am 30.12.1945 als erster Sohn des Bauern Seung-Moon Lee und seiner Ehefrau Bok-Yeep Lee, geb. Lee, in Korea geboren. Ich besuchte die Grund- und Mittelschule in Jin-Ju, Korea und die "Senior High School" in Pusan, Korea, wo ich am 22. Januar im Jahre 1964 meine Reifeprüfung bestand. Im März 1965 ließ ich mich an der Juristischen Fakultät der Korea Universität in Seoul immatrikulieren, wo ich 1969 nach vierjährigem Studium mit der Abschlußprüfung das "Bachelor of Law" erhielt. Von März 1970 bis Februar 1972 besuchte ich die "Graduate School" der Seoul National Universität, wo ich Ende 1971 Studium mit dem "Master of Law" beendete. Von Oktober 1971 bis Juli 1972 war ich als wissenschaftlicher Assistent an der Juristischen Fakultät der Seoul National Universität tätig und von September 1972 bis August 1975 als akademischer Unterrichtsoffizier (Hauptmann) an der Koreanischen Militär-Akademie in Seoul. Von März 1974 bis Februar 1977 besuchte ich den Doktorandenkurs an der "Graduate School" der Korea Universität; ich beschäftigte mich besonders mit dem Handels- und Gesellschaftsrecht. Von März 1974 bis August 1977 war ich an verschiedenen Universitäten, u. a. an der Korea Universität und der Ewha Universität, als Dozent tätig. Im Sommer 1981 besuchte ich ein Sommer-Programm der Juristischen Fakultät der San Diego Universität, das in London stattfand. Seit Oktober 1977 bin ich Doktorand bei Professor Dr. Wolfgang Zöllner an der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen. Ich besitze die koreanische Staatsangehörigkeit, bin verheiratet und habe zwei Kinder.